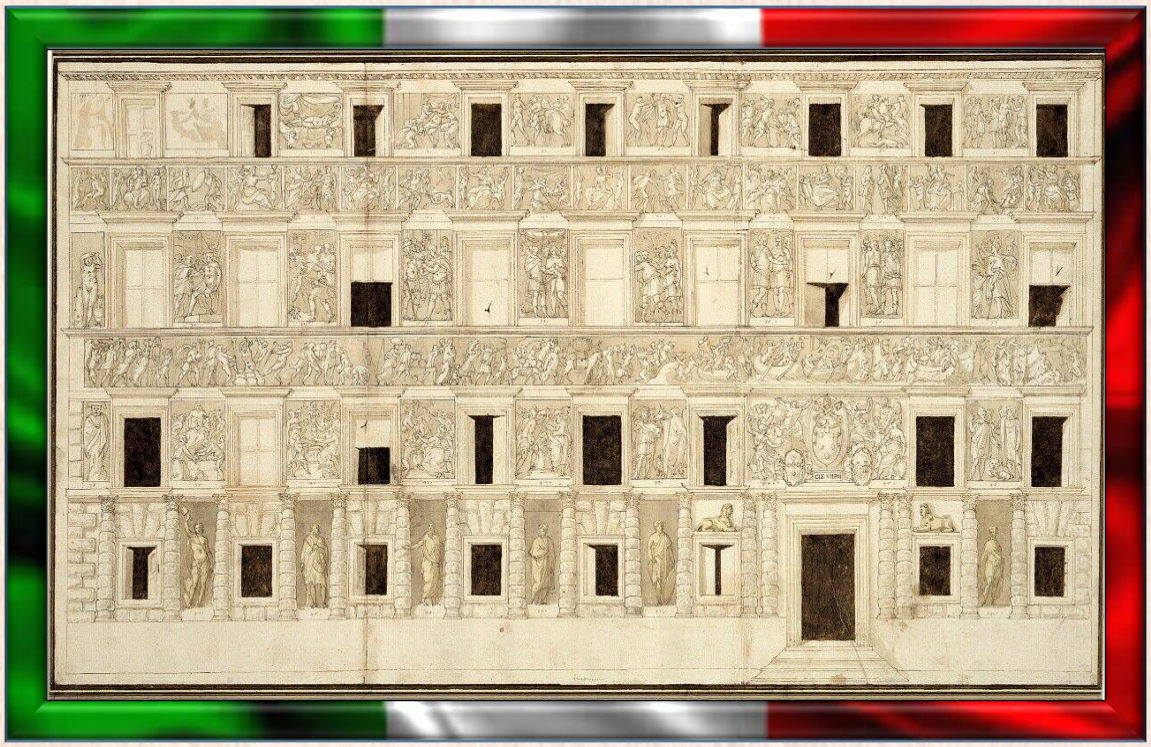
Rassegna della Giustizia Militare



a cura della

Procura Generale Militare presso la Suprema Corte di Cassazione

Palazzo Cesi

(in copertina)

Palazzo Cesi, di proprietà del Ministero della Difesa dal 1940, attualmente ospita il Consiglio della Magistratura Militare, la Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione, la Corte Militare di Appello, la Procura Generale Militare presso la Corte Militare di Appello ed il Tribunale Militare di Sorveglianza.

L'edificio, che conserva il nome della nobile famiglia umbro-romana, alla quale si deve la sua costruzione ed il suo mantenimento per oltre due secoli, fu la prima sede dell'Accademia dei Lincei, fondata il 17 agosto 1603 da Federico Cesi, secondo Duca d'Acquasparta.

Disegno riproducente l'incisione di
Pietro Santo Bartoli (1635 – 1700)

Rassegna della Giustizia Militare

Proprietario ed Editore

MINISTERO DELLA DIFESA

Periodico della Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione

Direttore Responsabile
Dott. Maurizio Block

Caporedattore
Tenente Colonnello Commissario (A.M.) Umberto Montuoro

Redazione
Avvocato Andrea Conti, Capitano (t. E.W. - E.I.) Saverio Setti; Maggiore (Commissario - E.I.) Pierpaolo Travaglione; 1° Maresciallo (A.M.) Antonio Matteis - Content manager e IT Consulting;
Maresciallo Capo (CC) Giovanna Colangeli - Segreteria amministrativa e Curatore editoriale

Amministrazione:
Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma

Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx

Recapiti telefonici: 06.47355026 – 06.47355062 - 06.47353762

ISP: www.difesa.it - Comando C4 Difesa

ISSN: 0391-2787

Gli articoli pubblicati rispecchiano esclusivamente le idee personali dell'autore, il quale se ne assume direttamente la responsabilità e garantisce il rispetto della normativa vigente rispetto a testo e immagini

© Tutti i diritti riservati
Reg. Trib. Civile di Roma n. 16019, del 9 agosto 1975

Rassegna della Giustizia Militare

Comitato scientifico

Paola	BALDUCCI
Francesco	CALLARI
Ida	CARACCIOLO
Domenico	CARCANO
Paolo	FERRUA
Luigi Maria	FLAMINI
Susanna	FORTUNATO
Manlio	FRIGO
Francesca	GRAZIANI
Umberto	LEANZA
Marina	MANCINI
Sergio	MARCHISIO
Gian Maria	PICCINELLI
Massimo	PAPA
Antônio	PEREIRA DUARTE
Fausto	POCAR
Mauro	POLITI
Ranieri	RAZZANTE
Pierpaolo	RIVELLO
Natalino	RONZITTI
Antonio	SCAGLIONE
Deborah	SCOLART
Ludwig	VAN DER VEKEN
Giovanni Paolo	VOENA

Comitato di revisione

Paolo	BENVENUTI
Samuel	BOLIS
Fabio	CAFFIO
Gaetano	CARLIZZI
Lorenzo	DEL FEDERICO
Iole	FARGNOLI
Alfonso	FURGIUELE
Clelia	IASEVOLI
Giulio	ILLUMINATI
Sebastiano	LA PISCOPIA
Carlotta	LATINI
Saverio	LAURETTA
Carlo	LONGOBARDO
Giuseppe	MAZZI
Giuseppe	MELIS
Domenico	NOTARO
Gianfranco	NUCERA
Gianluca	PASTORI
Mariateresa	POLI
Silvio	RIONDATO
Francesco	SALERNO
Fabrizio	SCARICI
Sergio	SEMINARA
Giovanni	SERGES
Giorgio	SPANGHER
Carmelo Elio	TAVILLA
Gioacchino	TORNATORE

Rubriche:

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea
Susanna FORTUNATO

Documentazione e giurisprudenza internazionale
Francesca GRAZIANI

Documentazione e giurisprudenza di diritto comparato
Gian Maria PICCINELLI

NUMERO

1-2021

Indice

Autori – Contributors p. 1

Riassunti – Abstracts p. 3

Applicazione dell'articolo 131 *bis* c.p. ai reati militari: verso la depenalizzazione *de facto* di condotte penalmente rilevanti p. 10

di Marzia Capaldo

"ICC is not a Human Rights Body"*: le motivazioni del Procuratore della Corte Penale Internazionale sulla "archiviazione" della *preliminary examination in Iraq/UK p. 20

di Giovanni Chiarini

International Judicial Crossfire Eventually as a Mean of "Lawfare": Practice and Eventual Constraints under International and Transnational Law p. 32

di Jean Paul Pierini

La dimensione dell'interoperabilità nel diritto internazionale militare: considerazioni ermeneutiche p. 59

di Saverio Setti

La rimozione delle identità religiose e culturali. Un male antico quanto Atene p. 69

di Umberto Montuoro

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea
a cura di *Susanna Fortunato*

Misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani p. 77

Documentazione e giurisprudenza internazionale
a cura di *Francesca Graziani*

Myanmar: Dichiarazione congiunta dei Capi di Stato Maggiore Difesa p. 86

Dichiarazione congiunta dei Capi di SMD di Australia, Canada, Danimarca, Germania, Grecia, Italia, Giappone, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Corea del Sud, Regno Unito e Stati Uniti

Conflitti armati e tutela ambientale: l'azione preventiva e di post- conflict management dell'UNEP p. 87

di Francesco Gaudiosi

Documentazione e giurisprudenza di diritto comparato
a cura di *Gian Maria Piccinelli*

La giustizia militare in Russia p. 102

di Alessandro Cenerelli

Autori

MARZIA CAPALDO, Dottoressa in Giurisprudenza, con lode, presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", con tesi in Diritto comparato dei Paesi islamici. Ha conseguito il Master di II livello in Studi Internazionali strategico-militari presso il Centro Alti Studi per la Difesa.

ALESSANDRO CENERELLI, Assegnista di ricerca presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", ove ha conseguito il dottorato di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione. Avvocato, già docente a contratto presso l'Università di Milano e *visiting researcher* presso la Scuola superiore di economia (*Vyššaja škola ėkonomiki*) di Mosca. È autore di numerose pubblicazioni giuridiche, in Italia e in Russia.

GIOVANNI CHIARINI, Avvocato del Foro di Piacenza, dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria di Como e Varese. La sua attività di ricerca è concentrata sulla procedura penale internazionale.

SUSANNA FORTUNATO, è associato di Diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza di Cassino. Ha svolto e svolge tuttora attività di docenza sia presso la stessa Università di Cassino (Corso di laurea magistrale in giurisprudenza e docente incaricato per il Diritto dell'Unione europea nel corso di Economia aziendale nella sede di Frosinone), presso l'Università di Roma "LUMSA", sempre all'interno del corso di laurea in Giurisprudenza. È collaboratrice stabile della rivista "Il Foro italiano" e dal 1996 è coordinatrice della redazione della rivista "Il Diritto dell'Unione europea", diretta Antonio Tizzano.

FRANCESCO GAUDIOSI, Dottorando di ricerca in Diritto internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche *Jean Monnet* dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli". È membro del Comitato redazionale dell'Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali della Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI) sui temi di interesse della politica estera italiana. È anche Direttore esecutivo del CSI-Centro Studi Internazionali. La sua principale area di interesse è il diritto internazionale dell'ambiente.

FRANCESCA GRAZIANI, è professoressa di diritto internazionale presso la Seconda Università di Napoli con la "Cattedra Jean Monnet" della Facoltà di Scienze Politiche. È esperta giuridica presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale (Servizio Affari Legali, accordi diplomatici e internazionali) italiano. È docente di diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea in varie scuole post-laurea, tra cui la SIOI di Roma.

UMBERTO MONTUORO, già esperto NATO, Legal Advisor, per le *peace operations*, nell'ambito del *Defence Education Enhancement Program* (NATO DEEP TUNISIA); membro dei comitati scientifici della Società Italiana per la Protezione dei Beni Culturali e della *International Law Association, Committee on Global Cultural Heritage Governance*; socio del Centro Studi Esercito.

GIAN MARIA PICCINELLI, Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" dove insegna Diritto Comparato e Geopolitica, Docente di Diritto Comparato dei Paesi Islamici presso l'Università di Napoli "Federico II e Presidente onorario del Centro per l'UNESCO di Caserta.

JEAN PAUL PIERINI, *Senior Navy Officer in active duty serving as the deputy head of the General Office for Legal Affairs at the Navy General Staff*.

SAVERIO SETTI, Capitano del Ruolo Normale in servizio nell'Esercito italiano. Formato presso l'Accademia militare di Modena, ha conseguito la Laurea Magistrale in Scienze Strategiche, in Relazioni internazionali ed in Giurisprudenza. Autore di numerose pubblicazioni di diritto militare e dell'intelligence, è membro del Comitato scientifico della rivista Cammino diritto.

Riassunti – Abstract

Marzia Capaldo, Applicazione dell'articolo 131 bis c.p. ai reati militari: verso la depenalizzazione *de facto* di condotte penalmente rilevanti.

L'articolo 131 bis c.p., introdotto nell'ordinamento penale italiano nel 2015, enuncia la causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. L'istituto, nonostante le criticità sollevate in ordine alla sua formulazione e la censura di parziale illegittimità costituzionale che di recente lo ha investito, ha trovato e continua a trovare ampia applicazione, realizzando concretamente la finalità deflattiva, che costituisce una delle *rationes* che lo ha ispirato. Se la giurisdizione ordinaria, gravata da un ingente carico di lavoro, ha salutato positivamente l'istituto in esame, diversamente, la giurisdizione militare – che si configura quale giurisdizione speciale ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione – risente di alcune conseguenze che, *in extremis*, potrebbero far pensare a una sorta di depenalizzazione *de facto* di molteplici condotte che, attualmente, costituiscono reati militari, paventando così un rischio per la tutela degli interessi militari presidiati.

Parole chiave: particolare tenuità, articolo, 131 bis. c.p., depenalizzazione, articolo 260 c.p.m.p., interessi militari.

Implementation of article 131 bis p.c. to the military crimes: towards the decriminalization de facto of criminal offences.

Article 131 bis p.c., introduced in the Italian criminal system in 2015, states the punishment exemption in case of criminal offence of tenuous entity. The law, despite the critical issues about its statement and the recent declaration of partial constitutional illegitimacy, has been widely implemented, in order to achieve its deflationary purpose. While the ordinary jurisdiction, usually overworked, welcomed the article 131 bis p.c., the military courts instead – as a special jurisdiction in accordance with Article 103 of the Italian Constitution – may suffer some effects, such as a decriminalization de facto of several offences, so as to undermine the protection of military interests.

Keywords: particular tenuousness, article 131 bis. c.p., decriminalization, article 260 c.p.m.p., military interests.

Alessandro Cenerelli, La giustizia militare in Russia.

L'articolo intende illustrare i tratti caratteristici del sistema di giustizia militare in Russia, indicandone i più recenti sviluppi ed evidenziandone le peculiarità sotto il profilo comparatistico. In Russia, l'amministrazione della giustizia militare non è affidata a tribunali speciali, ma a corti inquadrate nell'ambito della giurisdizione ordinaria. A tali corti sono devoluti non soltanto affari penali, ma anche vertenze civili e amministrative con il personale militare. Dopo aver descritto gli aspetti essenziali del sistema giudiziario, l'articolo si concentrerà sui caratteri della giustizia militare, passando in rassegna le fonti della relativa disciplina, sia sostanziale che processuale, ed indicando le materie rientranti nella sua competenza.

Parole chiave: giustizia militare, sistema giudiziario, procuratore, diritto russo, status di militare.

Military justice in Russia.

This article aims at illustrating the characteristics of the system of military justice in Russia, indicating its most recent developments and highlighting its peculiarities in a comparative law perspective. In Russia, the administration of the military justice is attributed not to special tribunals, but to courts classified in the ordinary jurisdiction. These courts handle not only criminal cases, but also civil and administrative disputes involving military personals. After describing the essential aspects of the Russian judiciary, the article will focus on the features of the military justice, reviewing the sources of its discipline, from both a substantive and a procedural point of view, and indicating the matters of its competence.

Keywords: military justice, judicial system, prosecutor, Russian law, military status.

Giovanni Chiarini, "*ICC is not a human rights body*": le motivazioni del Procuratore della Corte Penale Internazionale sulla "archiviazione" della *preliminary examination in Iraq/UK*.

In data 9 dicembre 2020, il Procuratore della Corte Penale Internazionale ha pubblicato il rapporto finale concernente la *Situation in Iraq/UK*, relativo alla presunta commissione, da parte di alcuni componenti delle forze armate britanniche, di una serie di fattispecie di crimini di guerra codificati nello Statuto di Roma. Anche se inizialmente è stata accertata una "base ragionevole" per ritenere che alcuni dei reati fossero stati commessi, non si è riuscito a dimostrare una inattività o una compromissione delle autorità giudiziarie nazionali britanniche. Per tali motivi, in virtù del rispetto del principio processuale di complementarità, il Procuratore ha deciso di "archiviare" la *preliminary examination,* senza così richiedere l'autorizzazione all'avvio di un'indagine.

Parole chiave: procedura penale internazionale, corte penale internazionale, diritto penale internazionale, Iraq, Regno Unito.

"ICC is not a human rights body": the report of the ICC Prosecutor on the closure of preliminary examination in *Iraq/UK.*

On 9th December 2020, the ICC Prosecutor published the Final Report on the Situation in Iraq/UK, concerning crimes presumably committed by the UK armed forces, classified as war crimes within the jurisdiction of the Court. Even if there was a reasonable basis to believe that these crimes were committed, the Prosecutor did not conclude that the UK authorities had been genuinely unwilling to carry out relevant investigative inquiries or prosecutions or that decisions not to prosecute in specific cases resulted from a genuine unwillingness to prosecute. Thereby, due to the principle of complementarity, the OTP closed the preliminary examination without seeking authorisation to initiate an investigation.

Keywords: international criminal procedure, international criminal court, international criminal law, Iraq, United Kingdom.

Susanna Fortunato, Misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani.

Le note brevi che accompagnano la pubblicazione degli atti relativi al nuovo regime generale europeo in materia di violazione dei diritti umani hanno l'obiettivo di mettere in risalto le numerose e sostanziali novità che i testi normativi citati presentano, fornendo una sorta, per così dire, di "guida alla lettura".
Una guida che, peraltro, accanto ai pregi, non omette di mettere in risalto alcuni dei punti di maggiore criticità in termini sia di interpretazione che di applicazione del nuovo regime.

Restrictive measures against serious violations and abuses of human rights.

The short notes accompanying the publication of the documents relating to the new general European regime on the violation of human rights have the aim of highlighting the numerous and substantial innovations that the aforementioned legislative texts present, providing a sort, so to speak, of "reading guide".
A guide which, besides its merits, does not fail to highlight some of the most critical points in terms of both interpretation and application of the new regime.

Francesco Gaudiosi, Conflitti armati e tutela ambientale: l'azione preventiva e di post- conflict management dell'UNEP.

La protezione dell'ambiente durante un conflitto armato, sia esso interno oppure internazionale, sembra rappresentare una sfida particolarmente complessa per l'odierna Comunità internazionale. Nonostante le disposizioni del I Protocollo addizionale del 1977 alle quattro convenzioni di Ginevra e la Convenzione sul divieto di uso di tecniche di modiche ambientali (ENMOD) del 1978, nella prassi dei conflitti armati gli Stati sembrano ignorare queste norme convenzionali, con danni irreversibili e permanenti sull'ambiente in cui ha luogo un conflitto armato. Di fronte a questo generale disinteresse degli Stati belligeranti nella protezione dell'ambiente, sembra essere di particolare rilievo il ruolo del Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP). L'UNEP collabora con 42 Stati a livello internazionale sia nell'ambito di operazioni preventive di tutela dell'ambiente, con riguardo a Stati particolarmente fragili sotto il versante geopolitico che potrebbero essere interessati da disordini interni o conflitti armati internazionali, oppure elaborando strategie di sensibilizzazione e rafforzamento della tutela ambientale in territori recentemente interessati da conflitti armati internazionali. Pertanto, l'attività dell'UNEP appare pivotale sia nello sviluppo di partenariati che contribuiscono a rafforzare *good practices* internazionali per quanto concerne la tutela e la preservazione dell'ambiente, sia nella concreta attuazione di comportamenti di protezione ambientale che altrimenti rimarrebbero inattuati da Stati che non possiedono le capacità economiche per mettere in sicurezza l'ambiente naturale nel proprio territorio o non sono in grado di sviluppare le necessarie competenze scientifiche per una corretta gestione delle loro risorse naturali.

Parole chiave: operazioni preventive di tutela dell'ambiente; *good practices* internazionali; capacità economiche; territorio; corretta gestione delle loro risorse naturali.

Armed Conflicts and environmental protection: the preventive action and post-conflict management of the UNEP.

The protection of the environment during an internal or international armed conflict seems to represent a particularly complex challenge for today's international community. Despite the regulatory provisions of the Additional Protocol I to the four Geneva Conventions and the Convention on the Prohibition of the Use of Environmental Modification Techniques (ENMOD) of 1978, States continue to ignore these conventional rules in the practice of armed conflicts, with an evident and irreversible damage on the environment in which an armed conflict takes place. Faced with this general lack of interest of the belligerents in protecting the environment, the role of the United Nations Environmental Program (UNEP) seems to be of particular importance. UNEP collaborates with 42 States at the international level both in the context of preventive operations to protect the environment, with regard to particularly fragile states under the geopolitical side that could be affected by internal unrest or international armed conflicts, or by developing strategies for sensitization and strengthening of environmental protection in territories recently affected by international armed conflicts. Therefore, UNEP's activity appears to be pivotal both in the development of partnerships that contribute to strengthening international good practices as regards the protection and preservation of the environment, both in the concrete implementation of environmental protection behaviors that would otherwise remain unimplemented by States that do not have the economic possibilities to secure the natural environment in their territory or they are unable to develop the necessary scientific skills for a correct management of their natural resources.

Keywords: preventive operations to protect the environment; international good practices; economic possibilities; territory; correct management of their natural resources.

Umberto Montuoro, La rimozione delle identità religiose e culturali. Un male antico quanto Atene

Atene rappresenta un laboratorio, *in vivo*, di carattere straordinariamente esemplificativo, per quanto attiene, sia alle attività di conversione religiosa forzosa sia alla rimozione radicale delle identità culturali, del patrimonio immateriale, delle tradizioni educative e della vita civile.

L'odierno quadro normativo delineato dal vigente sistema convenzionale di diritto umanitario rende evidente il completo superamento di tali prospettive attinenti alla rimozione coattiva di modelli ed identità culturali. I modelli normativi fissati, alla data odierna, per la protezione di popolazioni civili, sottoposte all'instabilità di conflittualità armate, interne ed internazionali, sono chiaramente configurati. In questa prospettiva, è doveroso operare per la protezione e progettazione della salvaguardia del patrimonio culturale materiale e immateriale, delle identità culturali legate a minoranze etniche, nonché per la promozione del pluralismo culturale; in particolare, nelle ipotesi: di conflitti armati, internazionali o interni. Analogamente, contribuire alla valutazione della gestione del rischio e delle emergenze e alla definizione di piani per la protezione e per l'intervento di recupero e conservazione del patrimonio culturale e delle espressioni materiali ed immateriali delle popolazioni.

Le situazioni di grave compromissione dei diritti umani di interi gruppi etnici, dalla Siria al composito scacchiere dell'estremo oriente, implicano l'adozione e l'applicazione di un adeguato complesso di strumenti giuridici e di norme internazionali, non a caso, configurate

recentemente e prontamente ratificate anche dall'Italia, introducendo nell'ordinamento i preziosi vincoli normativi e di esecuzione, volti all'attuazione concreta dei principi astratti.

Parole chiave: arte, patrimonio culturale, pluralismo culturale, conflitti.

The removal of religious and cultural identities. An evil as old as Athens.

Athens represented a live workshop and an extraordinarily effective example of forced religious conversions as well as of the radical erasing of cultural identities, intangible heritage, educational traditions and civilian life.
The contemporary legal framework based on the current conventional system of humanitarian law shows that such repression of cultural models and identities has been completely superseded. The current legal framework for the protection of the civilian population suffering for the instability of armed conflicts, both domestic and international, is clearly defined. It entails working for the protection and planning the safeguard of tangible and intangible cultural heritage, of cultural identities of ethnic minorities, as well for the promotion of cultural pluralism. In particular, in case of domestic or international armed conflict, during the post-conflict phase. It also means facilitating assessment in risk management and emergency management and helping the definition of plans for the protection, recovery and preservation of cultural heritage and of the tangible and intangible forms of expression of the populations.
Situations where the human rights of entire ethnic groups are seriously threatened – from Syria to the complex scenario of the Far East - imply adopting and applying an adequate range of legal instruments and international rules. Consequently, Italy has recently defined and promptly ratified them while introducing valuable legal and enforcement constraints into the system for the practical implementation of abstract principles.
In such a scenario of absolute lack of understanding, violent confrontation and lack of actual communication between the parties, the protection of identity, historical and artistic expressions can and shall become nobly instrumental. Therefore, culture is a precious and formidable instrument for dialogue, effective intellectual openness, historical research, and application of new and state-of-the art technologies. Islamic art can and must become a wonderful means for social persuasion also towards the new generations in Islamic countries, not only in the Middle East, by distancing them, also ideologically, from the iconoclast brutality of ISIS.

Key words: art, cultural heritage, cultural pluralism, conflicts.

Jean Paul Pierini, *International judicial crossfire eventually as a mean of "Lawfare": practice and eventual constraints under international and transnational law*.

The paper investigates an emerging trend in international practice represented by the investigation and prosecution of conduct by foreign judges and prosecutors for eventually interfering and obstructing domestic judicial proceedings and also, in the negative, to retaliate on critical investigations. In an early essay about "Lawfare", Carl Schmitt's Politico was evoked as in his fundamental friend-enemy conception of politics that all political groupings are oppositional - no enemies, no politics and the political world is by definition a world of us and them, and a political community "which embraces the entire globe and all of humanity cannot exist". The "us" and "them" concept embraces also justice, courts and the law and judicial proceedings involving conflicting interests and confrontation between States

have rarely been entirely neutral and if they were, they probably will no longer be. Accordingly, more recent practice is introduced and post World War two practice is examined in order to sort out what the criminal markers of judicial activity were. The interest in such case law was also due to the eventual evidence of patterns of deference towards judicial finding, definitively settled cases and judicial independence. The research did not show compelling arguments preventing the prosecution of foreign judges and prosecutors and concludes that a radicalization of international judicial relations is predictable.

Keywords: Transitional justice, Crimes against humanity, positivism, Natural law, Mediated author, Radbruch.

Fuoco giudiziario internazionale incrociato eventualmente come uno strumento di "Lawfare": prassi ed eventuali limiti nel diritto internazionale e transnazionale.

Lo scritto, approfondisce la prassi emergente sul piano internazionale di investigare e perseguire giudici e pubblici ministeri stranieri per eventuali interferenze o comportamenti ostruzionistici rispetto a procedimenti giudiziari domestici e anche come rappresaglia nei confronti di procedimenti scomodi. In uno dei primi saggi sul "Lawfare" era stato evocato lo scritto di Carl Schmitt «Le categorie del 'politico'» ed la questione dell'amico e del nemico, per osservare che anche il diritto, la sua applicazione e gli organi investiti di funzioni giurisdizionali, quando vengono in rilievo interessi nazionali non sono mai interamente neutrali. Con tali premesse è stata esaminata la prassi giurisprudenziale formatasi al termine della Seconda Guerra mondiale riguardo alla repressione di giudici e pubblici ministeri stranieri per atti compiuti nell'amministrazione della giustizia. Tale esame è stato condotto con il fine di ricercare segni di deferenza verso l'attività giudiziaria e decisoria e l'indipendenza del giudice, e altri indicatori che possano contribuire alla definizione di limiti allo scrutinio in sede penale dell'attività giudiziaria straniera. La ricerca non ha individuato argomenti persuasivi che possano impedire tale repressione. La circostanza, unitamente alla recente prassi, lascia presagire una radicalizzazione dei rapporti giurisdizionali internazionali.

Parole chiave: giustizia di transizione, crimini contro l'umanità, positivismo, diritto naturale, autore mediato, Radbruch.

Saverio Setti, La dimensione dell'interoperabilità nel diritto internazionale militare: considerazioni ermeneutiche.

L'interoperabilità legale è oggi una necessità sempre più rilevante. Le moderne operazioni di combattimento sono condotte, ormai per la maggior parte, da coalizioni internazionali, ragion per cui è fondamentale che vi sia una convergenza non solo in materia di tecniche, tattiche e procedure, ma anche di strumenti giuridici provenienti da plurime giurisdizioni. Per consentire al comandante un efficace impiego delle forze, la coalizione deve essere in grado di fornirgli istituti giuridici il più possibile coordinati.

Parole chiave: diritto internazionale, roe, interoperabilità, NATO, *coalition warfare*.

The dimension of interoperability in the international military law: hermeneutic observations.

Legal interoperability is now an increasingly important need. Nowadays modern combat operations are mostly conducted by international coalitions, so it is essential to realize a

convergence not only in terms of techniques, tactics and procedures, but also in terms of legal instruments coming from multiple jurisdictions. In order to allow the commander to use his forces effectively, the coalition must be able to provide him with the most coordinated legal institutions possible.

Keywords: international law, roe, interoperability, NATO, coalition warfare.

Applicazione dell'articolo 131 *bis* c.p. ai reati militari: verso la depenalizzazione *de facto* di condotte penalmente rilevanti

di *Marzia Capaldo*

Sommario: 1. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. – 2. Tra la natura sostanziale e le criticità processuali dell'istituto. – 3. L'art. 131 *bis* c.p. al vaglio della Corte costituzionale. – 4. L'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati militari. – 5. Quali effetti per la giurisdizione penale militare? – 6. Riflessioni conclusive.

1. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28[1], ha introdotto all'interno del Codice penale l'art. 131 *bis*, rubricato "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto", il quale, al primo comma, recita: «*Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale*». Viene così configurata, quanto alla natura giuridica, una causa di non punibilità, la quale presuppone, in sede di valutazione, un fatto dotato delle tre categorie dogmatiche di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza[2] – dunque, astrattamente punibile – ma la cui offensività, sebbene presente[3], risulta talmente esigua da rendere sproporzionata la sanzione penale prevista, persino nella sua misura minima[4]. Non si intende qui accogliere l'opinione di chi accosta la predetta causa di non punibilità a una forma di depenalizzazione per almeno due ragioni: in primo luogo, perché «*il fatto dichiarato non punibile* – a norma dell'art. 131 *bis* c.p. – *non assume alcuna diversa rilevanza (non diviene lecito, né si trasforma in illecito amministrativo): è reato, e tale resta, pur se non punibile*[5]»; in secondo luogo, perché la depenalizzazione postula un intervento legislativo *ad hoc* di abrogazione della norma penale, che contempla un determinato fatto-reato e determina la degradazione di quest'ultimo a illecito amministrativo o il ripristino della sua liceità, diversamente la causa di non

[1] Approvato in esecuzione della Legge-delega 28 aprile 2014, n. 67.

[2] La dottrina del reato largamente condivisa individua tre categorie dogmatiche del reato. Prima categoria è la tipicità, che, in quanto corollario del principio di legalità, è intrinsecamente collegata alle esigenze dello Stato di diritto. Per tipicità si intende la conformità di un fatto storico alla descrizione normativa di un reato. La seconda categoria è l'antigiuridicità, che configura la contrarietà del fatto, già qualificato come tipico, al diritto oggettivo. Terza e ultima categoria è la colpevolezza, che, secondo la concezione normativa, si estrinseca nella rimproverabilità della condotta al soggetto agente ed è, pertanto, suscettibile di graduazione. Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale. Quinta edizione*. Milano, 2016, 136 ss.

[3] In difetto di offensività, invece, si configura il cd. reato impossibile, enunciato dall'art. 49, secondo comma, c.p.: «*La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*». La differenza tra i due istituti (reato impossibile ed esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto) muove dalla alterità tra la cd. "inoffensività del fatto" e la cd. "irrilevanza del fatto". Nel primo caso, la totale mancanza di offensività del fatto priva quest'ultimo di un suo elemento costitutivo, rendendolo, in definitiva, atipico e insussistente come reato, come tale rientrante nella disciplina normativa di cui all'art. 49, secondo comma. Nel secondo caso, il fatto sussiste in tutti i propri elementi, ma è considerato irrilevante e, dunque, non punibile, per ragioni politico-criminali.

[4] Come precisato dalla C. cost., sent. n. 120 del 2019, con riguardo ai fatti penalmente rilevanti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 131 *bis* c.p., il legislatore del 2015 ha inteso «*escludere la punibilità – ma non l'illiceità penale – delle condotte che risultino, in concreto avere un tasso di offensività marcatamente ridotto*».

[5] T. PADOVANI, *Un intento deflattivo del possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15. In senso contrario, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto,* in *Dir. pen. proc.,* 2015.

punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. non comporta il venir meno del reato, ma anzi ne presuppone l'esistenza, a fronte della quale sarà il giudice, in base ai criteri prescritti dalla norma, a valutare la concreta opportunità di applicare la pena e, quindi, ad assicurare la congruità della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto.

L'art. 131 *bis* c.p. risponde, prima ancora che al principio di proporzione della sanzione, al principio di sussidiarietà – o *extrema ratio* – dell'intervento penale, il quale si giustifica solo se e in quanto risulti l'unico strumento necessario e adeguato al raggiungimento delle esigenze di tutela sociale[6], e all'esigenza di contenimento del gravoso carico di contenzioso penale gravante sulle Corti. Come precisato dalla Corte Suprema di Cassazione, «*lo scopo primario è quello di espungere dal circuito penale fatti marginali, che non mostrano bisogno di pena e, dunque, neppure la necessità di impegnare i complessi meccanismi del processo. Proporzione e deflazione s'intrecciano coerentemente*[7]», confermando così la *ratio* deflattiva sottesa alla norma.

L'art. 131 *bis*, primo comma, circoscrive il limite di applicazione della causa di esclusione della punibilità alla misura edittale della pena prevista per il reato (anche nella forma del tentativo), che deve corrispondere alla pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (senza tener conto «*delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale*[8]»).

L'ambito applicativo della norma è, inoltre, legato a due requisiti del fatto, aventi carattere sia oggettivo sia soggettivo: la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento. Il primo requisito richiede la valutazione delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno o del pericolo, alla luce dell'art. 133, primo comma, c.p., il quale fissa degli indici di gravità del reato: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; intensità del dolo e grado della colpa[9]. L'art. 131 *bis,* secondo comma*,* elenca dei casi tassativi in cui sussiste una sorta di «*presunzione assoluta di insussistenza di offesa particolarmente tenue*[10]», in quanto essi sono connotati da un peculiare disvalore sociale: «*L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*». Questa disposizione è stata oggetto di un recente intervento legislativo[11], che ha aggiunto un'ulteriore ipotesi tipica di esclusione della particolare tenuità, con riguardo ai delitti puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive ovvero per violenza, minaccia, resistenza od oltraggio nei confronti di un pubblico ufficiale

[6] Unitamente alla finalità di agevolazione della rieducazione del reo (art. 27, terzo comma, Cost.). Sul punto G. DE FRANCESCO, *Illecito esiguo e dinamiche della pena*, in *Criminalia* 2015, 210.

[7] Cass., SS. UU., 25 febbraio 2016, 13681.

[8] Art. 131 *bis*, quarto comma, c.p.

[9] In dottrina e in giurisprudenza è discussa l'utilizzabilità del criterio soggettivo di cui all'art. 133, primo comma, n. 3, c.p. (intensità del dolo e grado della colpa), vedendo la contrapposizione di due tesi: la tesi negativa, secondo cui le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo costituirebbero parametri di natura oggettiva, pertanto non valutabili sulla scorta di criteri soggettivi; la tesi positiva, basata sull'interpretazione letterale dell'art. 131 *bis*, primo comma, c.p., il quale rinvia all'intero art. 133, primo comma, c.p. e corroborata dall'opinione secondo cui le modalità della condotta non hanno natura esclusivamente oggettiva e, pertanto, ben potrebbero essere valutate alla luce dell'elemento psicologico del dolo o della colpa. Cfr. M. SANTISE, F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*. Torino, 2018, 201 ss.

[10] M. SANTISE, F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 202.

[11] Art. 16, primo comma, lett. b, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, recante «*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*», convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 2019, n. 77.

nell'esercizio delle sue funzioni[12].

Il secondo requisito – non abitualità del comportamento – sarebbe da riferire, in base a un'interpretazione *a contrario* dell'art. 131 *bis*, terzo comma, all'assenza di «*precedenti criminosi reiterati e specifici*[13]», nell'intento, dunque, di rendere punibile una condotta che, anche se tenue, risulti reiterata nel tempo. Il terzo comma[14] dell'art. 131 *bis* c.p. contiene un elenco, considerato tassativo[15], di casi in cui il comportamento del soggetto agente sia da considerare abituale.

Dall'analisi finora condotta, si evince che l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto è legata a una valutazione complessa del giudice, in quanto l'offesa a un bene giuridico presidiato da una norma penale non può considerarsi, in astratto, tenue, bensì in base al suo concreto manifestarsi nella realtà storica (resterebbe, però, da chiedersi quando un'offesa sia da considerare tenue e quando, invece, particolarmente tenue, così da poter rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 131 *bis* c.p.). Tuttavia, l'istituto *de quo* non è andato esente da critiche, non solo riguardo al rischio di una valutazione discrezionale da parte del giudice (accompagnato dal pericolo di trattamenti diseguali), ma anche riguardo alla possibilità che esso possa tradursi in una sorta di concessione al reato tenue, vanificando le esigenze di certezza ed effettività della pena. Queste e altre considerazioni sono confluite di recente – precisamente il 25 luglio 2019 – in una proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati e diretta all'abrogazione integrale dell'art. 131 *bis* c.p.[16]

2. Tra la natura sostanziale e le criticità processuali dell'istituto

Molto discusso è stato l'inquadramento sistematico dell'istituto introdotto dall'art. 131 *bis* c.p., soprattutto ove si consideri che esso non costituisce un *novum* nell'ordinamento processuale italiano, ma evoca alcuni precedenti di tipo settoriale, come l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in materia di reati di competenza del Giudice di pace[17], e, ancor prima, nell'ordinamento minorile, l'istituto della irrilevanza del fatto, disciplinato dall'art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

La Corte Suprema di Cassazione[18] ha inteso soffermarsi sull'inquadramento sistematico, chiarendo che l'istituto in esame è definito e disciplinato come causa di non punibilità e, dunque, come figura di diritto penale sostanziale[19]. Questa natura sarebbe confermata da diversi argomenti. Già la Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, presentata dal Governo nel 2015, precisava che: «*L'istituto in questione della "irrilevanza" per particolare tenuità presuppone un fatto*

---

[12] «*L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337, 341 bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni*».

[13] F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in Diritto penale contemporaneo, n. 2, 2015, 94.

[14] «*Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*».

[15] Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale. Quinta edizione*, 2016, cit., 700.

[16] Proposta di legge d'iniziativa del deputato Cirielli, n. 2024. *Abrogazione dell'articolo 131-bis del codice penale e modifiche al codice di procedura penale in materia di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.* Presentata il 25 luglio 2019.

[17] Sulle differenze tra i due istituti v. Santoriello, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in Archivio penale (on line) n.3/2015.

[18] Cass., sez. V Penale, 11 febbraio 2016, n. 5800.

[19] Cfr. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in Discrimen (rivista on line) 2018, 6.

tipico e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale[20]». A questa esplicita conferma, ne seguono altre due: la natura sostanziale dell'istituto sarebbe comprovata, in primo luogo, dal tenore letterale non solo dell'art. 131 *bis* c.p., ma anche della rubrica della disposizione, che parla inequivocabilmente di esclusione della punibilità; in secondo luogo, dalla collocazione topografica dell'istituto nel codice di diritto penale sostanziale e, più precisamente, all'interno del Titolo V del Libro I, il quale attiene all'attribuibilità (dunque, imputabilità) del fatto all'imputato, presupponendo, quindi, un fatto tipico, antigiuridico e colpevole.

La finalità pratica di alleggerimento del carico giudiziario è stata concretamente perseguita rendendo applicabile la causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto, dal punto di vista processuale, sin dalla fase delle indagini preliminari[21], considerando altresì che il dispendio di energie processuali per fatti cd. bagatellari risulta «*sproporzionato sia per l'ordinamento sia per l'autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico*[22]». Infatti, il d.lgs. 28/2015, ha modificato l'art. 411 c.p.p., introducendovi il comma 1 *bis*, che aggiunge, tra gli altri casi di archiviazione, anche quello per particolare tenuità del fatto, consentendo così al Pubblico Ministero – in una fase chiaramente antecedente all'esercizio dell'azione penale – di presentare al Giudice per le indagini preliminari richiesta di archiviazione. Tuttavia, la possibilità di far valere l'istituto *de quo* già nella fase di indagini preliminari evidenzia una sorta di contraddizione tra la sua natura e la sua applicazione processuale, per le ragioni che verranno precisate.

La fase procedimentale delle indagini preliminari è prerogativa del Pubblico Ministero ed è finalizzata alla raccolta degli elementi che consentiranno al Magistrato inquirente di valutare l'opportunità di esercitare l'azione penale, in considerazione della loro idoneità a sostenere l'accusa in giudizio: dunque, in tale fase, non è ancora formulato alcun capo d'imputazione, né sussiste alcun imputato, ma solo un'accusa e uno o più indagati. Emerge, pertanto, un evidente contrasto tra la *ratio* delle indagini preliminari e l'istituto disciplinato dall'art. 131 *bis* c.p.: quest'ultimo, infatti, presuppone la sussistenza di un reato già completo di tutti i suoi elementi e già attribuibile (*rectius* imputabile) al suo autore. Si consideri, inoltre, che nella fase delle indagini preliminari non viene svolto, salvo eccezioni, alcun accertamento giurisdizionale[23], che è, invece, alla base della valutazione circa la particolare tenuità del fatto.

Alla luce delle criticità evidenziate, non può che essere confermata la natura ibrida dell'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. che, sebbene si presenti come causa di non punibilità, è, tuttavia, in grado di mascherarsi, all'occorrenza, da condizione di procedibilità, alterando così la propria natura.

3. L'art. 131 *bis* c.p. al vaglio della Corte costituzionale

L'applicabilità della causa di non punibilità introdotta dall'art. 131 *bis* c.p. è circoscritta, come già analizzato, a un limite edittale di pena massimo, superato il quale, essa è esclusa. La formulazione estremamente generale della norma – a cui fa seguito un'applicazione generalizzata

[20] *Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*. Atto del Governo: 130. Disponibile su www.camera.it. In senso contrario, G. PECORELLA, L. SCOLLO, *Il fatto lieve non è più reato: una diversa lettura dell'istituto della tenuità*, in Cassazione penale 2017, 1933, secondo cui l'art. 131 bis c.p. si sostanzierebbe in un «*vero e proprio limite alla tipicità*».

[21] Cfr. R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 9.

[22] *Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto,* cit.

[23] Il Giudice per le indagini preliminari è, di regola, un organo di garanzia e di controllo della legalità del procedimento

– ha, tuttavia, suscitato molteplici critiche, giunte sino alla recente pronuncia di parziale illegittimità costituzionale della disposizione[24], da parte della Corte costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost.

Il caso oggetto della questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale ordinario di Taranto, riguarda il reato di ricettazione attenuata da particolare tenuità, previsto dall'art. 648, secondo comma, c.p.: è opportuno precisare che detta disposizione integra una circostanza attenuante cd. speciale, che rientrerebbe, in linea astratta, per effetto dell'art. 131 *bis,* quinto comma, c.p., nella disciplina della causa di non punibilità. Ciò comporta che un fatto, da considerare già attenuato in forza della modestia del danno arrecato e, dunque, meritevole di una sanzione meno rigorosa – rispetto al medesimo fatto nella sua forma-base – possa ritenersi altresì caratterizzato da una modesta offensività all'esito di una valutazione giudiziale complessiva, tale da non giustificare alcuna risposta sanzionatoria.

Dunque, pur ricorrendo, nel caso di specie, tutti gli estremi della causa di non punibilità *ex* art. 131 *bis* c.p., la sua applicazione risulta, tuttavia, impedita dall'entità della pena edittale della ricettazione attenuata, il cui massimo di pena detentiva, pari a sei anni di reclusione, eccede il limite applicativo dell'esimente, fissato in cinque anni. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Taranto evidenzia, inoltre, che l'assenza di un minimo edittale di pena detentiva per il reato di ricettazione attenuata comporta l'operatività del minimo assoluto di quindici giorni stabilito per la reclusione dall'art. 23, primo comma, c.p.[25], il che indicherebbe che il legislatore abbia inteso attribuire un giudizio di scarsissimo disvalore sociale alle meno offensive tra le condotte di ricettazione.

La Corte costituzionale, nella sentenza in commento, riallacciandosi a una propria precedente pronuncia[26] – relativa ad analoga questione, ma risoltasi in una declaratoria di infondatezza – ha accolto la questione sollevata dal giudice *a quo*, censurando, alla luce dell'art. 3 Cost, «*l'intrinseca irragionevolezza della preclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131 bis cod. pen. per i reati – come la ricettazione di particolare tenuità – che lo stesso legislatore, attraverso l'omessa previsione di un minimo di pena detentiva e la conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, primo comma, cod. pen., ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività*[27]» e dichiarandone, dunque, l'illegittimità costituzionale, nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva. La posizione della Corte costituzionale incontra quel filone di critiche, secondo cui «*sarebbe stato più coerente con le finalità della disposizione fare riferimento quale filtro selettivo non al massimo ma al minimo edittale, quale indice realmente rappresentativo della minima espressione offensiva di una fattispecie*[28]».

È bene precisare che la sentenza in esame lascia comunque intatti tutti i requisiti applicativi della causa di non punibilità che prescindono dall'entità della pena, con la conseguenza che, anche in presenza di un reato privo di un minimo edittale di pena detentiva, l'art. 131 *bis* c.p. non potrà operare qualora la valutazione giudiziale, *ex* art. 133, primo comma, c.p., «*sia negativa per l'autore del fatto o la condotta di questi risulti abituale ovvero, ancora, quando ricorra una fattispecie tipica di non tenuità tra quelle elencate dal secondo comma dell'art. 131 bis cod. pen.*[29]».

[24] C. Cost., 21 luglio 2020, n. 156, in *Giur. Cost*.

[25] «*La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno*»

[26] C. Cost., 17 luglio 2017, n. 207, in *Giur. Cost*.

[27] C. Cost., 21 luglio 2020, n. 156, in *Giur. Cost*.

[28] M. SANTISE, F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit., 201.

[29] M. SANTISE, F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, cit.

4. L'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. ai reati militari

La causa di non punibilità introdotta dall'art. 131 *bis* c.p. è ritenuta pacificamente applicabile ai reati militari, in considerazione del fatto che, come chiarito dalla Corte Suprema di Cassazione[30], la disposizione in esame si riferisce alle condotte sanzionate con pene detentive (o restrittive della libertà personale), tra le quali può certamente essere compresa, insieme alle pene annoverate nell'art. 18, primo comma, c.p., anche la reclusione militare, che costituisce, a norma dell'art. 23 c.p.m.p., pena militare principale.

Ciò premesso, non può, tuttavia, essere trascurata la peculiarità dei reati militari, i quali possono essere potenzialmente lesivi, al contempo, tanto di interessi militari quanto di interessi comuni. Questo profilo risulta di preminente importanza nella valutazione giudiziale circa la sussistenza dei requisiti per l'applicazione della predetta causa di non punibilità. Al riguardo, ben prima dell'introduzione dell'art. 131 *bis* nell'ordinamento penale, la Corte Costituzionale ha preso in considerazione le peculiarità dei reati militari, statuendo che, ove essi si sostanzino in condotte prive di una rilevante attitudine offensiva, occorre privilegiare le esigenze di tutela del prestigio e della dignità delle Forze Armate[31], prediligendo, quindi, mezzi repressivi disciplinari al processo penale.

L'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale si colloca nel filone delle sentenze di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 260, secondo comma, c.p.m.p.[32], che costituisce una sorta di prodromo o di "*variante applicativa*[33]" della disciplina di cui all'art. 131 *bis* c.p. La citata disposizione del codice penale militare di pace contempla una condizione di procedibilità – richiesta di procedimento del Comandante di Corpo – per i reati militari puniti con la pena della reclusione militare non superiore nel massimo a sei mesi, nonché per i reati di danneggiamento di edifici militari e di distruzione o deterioramento di cose mobili militari, ove il fatto risulti di lieve entità per la particolare tenuità del danno.

La condizione di procedibilità sancita dall'art. 260, secondo comma, c.p.m.p. condivide, certamente, con la causa di non punibilità sancita dall'art. 131 *bis* c.p. la *ratio* deflattiva, ancor più ove si consideri che la prima intende completamente scongiurare un procedimento penale, contenendo la sanzione nell'ambito disciplinare. D'altro canto, i due istituti non sono certamente assimilabili per almeno tre ordini di ragioni: in primo luogo, l'art. 260 c.p.m.p. opera sul piano della procedibilità penale, vale a dire che esso contempla un atto – la richiesta di procedimento – con cui l'Autorità competente rimuove un ostacolo allo svolgimento del procedimento penale, mentre l'art. 131 *bis* c.p. opera sul piano della punibilità del fatto-reato, quindi, in un momento successivo all'impulso al processo penale (sebbene possa operare già dalla fase delle indagini preliminari); in secondo luogo, l'art. 260 c.p.m.p. presuppone non un accertamento preliminare, ma una mera manifestazione di volontà da parte del Comandante di Corpo, sulla base di una sua valutazione discrezionale, che non richiede necessariamente una motivazione[34], mentre l'art 131 *bis* c.p. richiede una valutazione complessa – peraltro ancorata a parametri specificamente individuati dalla norma, sebbene, per certi versi, piuttosto vaghi – da parte del giudice; in terzo luogo, benché

---

[30] Cass., sez. I Penale, 20 giugno 2017, n. 30694; Cass., sez. I Penale, 20 ottobre 2017, n. 48412.

[31] C. Cost., 20 febbraio 1975, n. 42; C. Cost., 22 luglio 1976, n. 189; C. Cost., ord. 16 dicembre 1996, n. 396.

[32] «*I reati, per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione militare non superiore nel massimo a sei mesi, e quello preveduto del numero 2° dell'articolo 171 sono puniti a richiesta del comandante del corpo o di altro ente superiore, da cui dipende il militare colpevole, o, se più sono i colpevoli e appartengono a corpi diversi o a forze armate diverse, dal comandante del corpo dal quale dipende il militare più elevato in grado, o, a parità di grado, il superiore in comando o il più anziano*».

[33] *Relazione del Dott. Maurizio Block*. Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare, n. 2, 2017.

[34] Cfr. A. CONTI, S. SETTI, *Lezioni di diritto militare*. Milano, 2020, 274 ss.

l'applicazione di entrambe le norme sia subordinata a un limite edittale di pena detentiva, l'art. 260 c.p.m.p. presenta un ambito applicativo più ristretto non solo in termini edittali (massimo sei mesi di reclusione militare), ma anche in ordine alla tassatività dei reati contemplati.

Le menzionate differenze tra i due istituti non precludono, tuttavia, la possibilità che essi possano operare contestualmente con riguardo al medesimo fatto-reato, non essendo l'Autorità giudiziaria vincolata alla «*valutazione di gravità sottesa alla presentazione della richiesta da parte del comandante di corpo*[35]». Questa conclusione, sebbene apparentemente contraddittoria, potrebbe essere condivisa, ove si consideri che la manifestazione di volontà del Comandante di Corpo in ordine alla richiesta di procedimento presenta, come parametro di riferimento, unicamente l'interesse militare, mentre la valutazione del giudice è certamente più ampia, tanto da comprendere elementi sia oggettivi sia soggettivi e da richiedere, ove necessario, un'operazione di bilanciamento tra gli stessi; senza trascurare, inoltre, che la subordinazione dell'applicazione della sanzione penale alla richiesta del Comandante di Corpo, quale organo amministrativo, va a scalfire il fondamentale principio di legalità delle pene, sancito dall'art. 1 c.p., che ha il suo referente costituzionale nel secondo comma dell'art. 25 Cost. Sarebbe pensabile, al fine di evitare tale apparente contraddittorietà, emendare l'art. 260 c.p.m.p., ancorando la condizione di procedibilità ivi sancita a criteri di valutazione, sia oggettivi sia soggettivi, ulteriori rispetto alla sola misura edittale della pena, idonei a limitare un'eccessiva discrezionalità in capo al Comandante di Corpo – ancor di più ove si consideri che detta autorità non può, in ragione dell'esercizio del potere attribuitole, essere sottoposta ad alcun tipo di controllo di natura giurisdizionale – e a evitare trattamenti diseguali, sia in termini di privilegio, sia in termini di repressione, soprattutto in quei casi in cui «*per fatti identici un militare sia punito disciplinarmente e un altro, sulla base di una insindacabile determinazione del comandante, sia sottoposto a procedimento penale*[36]».

5. Quali effetti per la giurisdizione penale militare?

L'astratta applicabilità dell'art.131 *bis* c.p. ai reati militari non può prescindere, come già anticipato, dalla peculiarità di questi ultimi. Pertanto, appare opportuno riflettere sul bene giuridico tutelato dalle norme penali militari: premesso che l'art. 37, primo comma, c.p.m.p.[37] contiene una nozione tautologica di reato militare, individuando come tale qualunque violazione della legge penale militare, può affermarsi che esso si configura come una condotta idonea a ledere o a mettere in pericolo un interesse militare[38] (talvolta, contestualmente a un interesse comune)[39]. Ad esempio, nell'ambito dei reati contro la disciplina militare, vengono certamente presidiati interessi militari come la coesione delle Forze Armate e il rapporto gerarchico. È proprio la peculiarità degli interessi militari, aventi carattere pubblico, in quanto riferibili a un alto interesse dello Stato, a giustificare la giurisdizione penale militare, al punto che il legislatore – discutibilmente, ove si consideri il *minus* di tutela che ne deriva per la persona offesa dal reato – non ha inteso subordinare i reati militari alla condizione di procedibilità della querela, connessa, invece, a un interesse privato.

Queste considerazioni preliminari costituiscono un aspetto non trascurabile nell'indagine relativa alle conseguenze che l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. ha prodotto e continua a produrre nell'ambito della giurisdizione penale militare.

Potendo, infatti, astrattamente rientrare nella causa di esclusione della punibilità, di cui trattasi, una molteplicità di reati militari, in base alla considerazione della sola misura edittale

[35] *Relazione del Dott. Maurizio Block*. Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare, cit.
[36] D. BRUNELLI, G. MAZZI, *Diritto penale militare. IV Edizione*. Milano, 2007, 466.
[37] «*Qualunque violazione della legge penale militare è reato militare*».
[38] Cfr. A. CONTI, S. SETTI, *Lezioni di diritto militare*. Milano, 2020, 212.
[39] Si parla di plurioffensività eterogenea.

massima della pena, questo potrebbe prospettare il rischio, poco auspicabile, di una sorta di depenalizzazione *de facto* – e non *de iure*, per le ragioni precedentemente esplicate – che non sarebbe da salutare positivamente, perché essa avrebbe l'effetto di mettere in discussione quegli stessi interessi militari, che dovrebbero godere di primaria importanza nell'ordinamento militare e che sono presidiati dalle norme penali militari. Tuttavia, non può trascurarsi che il giudice, in sede di valutazione circa l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p., svolge un bilanciamento tra gli interessi coinvolti, tenendo certamente conto dell'interesse militare.

Va altresì rilevato che l'esigenza deflattiva non gode, nell'ambito della giurisdizione penale militare, di un'urgenza analoga a quella ravvisabile nella giurisdizione ordinaria.

Quanto al profilo dell'*extrema ratio* dell'intervento penale, potrebbe dirsi che l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. al processo penale militare appaia ridondante, dal momento che la configurazione di una condotta come reato militare è già di per sé qualificabile come scelta ultima del legislatore, in base a valutazioni politico-criminali e alla necessità di tutelare interessi militari, la cui violazione potrebbe mettere a repentaglio l'ordinamento militare stesso. A ciò si aggiunge che, nel diritto militare, esistono istituti che consentono di contenere la sanzione nell'ambito disciplinare, presentando, già a monte, una natura deflattiva e qualificando, ancora una volta, il processo penale come *extrema ratio*.

6. Riflessioni conclusive

La causa di non punibilità contenuta nell'art. 131 *bis* c.p. persegue finalità che non sono certamente estranee all'ordinamento costituzionale, né alle esigenze giudiziarie. L'istituto *de quo* è stato infatti concepito, sul piano sostanziale, al fine di non punire quei fatti che non sono bisognosi di sanzione penale, contribuendo a dare attuazione ai principi di sussidiarietà del diritto penale e di proporzione della sanzione penale; sul piano processuale, al fine di agevolare la deflazione del carico giudiziario nell'ambito del sistema di giustizia penale: in proposito, «*quest'ultimo non dovrebbe "prendere in carico" condotte che, pur integrando gli estremi del fatto tipico, antigiuridico e colpevole, appaiono non meritevoli di pena in ragione di esigenze di proporzionalità "sostanziale" e – soprattutto – di economia processuale*[40]».

Pur potendo condividere appieno le già menzionate finalità, si intende ribadire alcuni profili critici dell'istituto, i quali meritano soluzioni tali da renderlo quanto più coerente con i principi a cui si ispirano l'ordinamento penale sostanziale e processuale e, in via complementare, l'ordinamento penale militare.

Sul piano sostanziale, le finalità della previsione di una causa di esclusione per particolare tenuità del fatto, avente carattere generale, non possono non intrecciarsi con la fissazione di limiti edittali di pena. Si intende qui condividere l'orientamento della Corte Costituzionale, espresso nella citata e recente sentenza n. 156 del 2020: se l'art. 131 *bis* c.p. intende rendere non punibili quei fatti che presentano uno scarso disvalore sociale e per i quali, pertanto, non si avverte il bisogno della pena[41], sarebbe ragionevole considerare, quale parametro di applicazione, una cornice edittale di pena che faccia riferimento non solo al massimo edittale, ma anche al minimo. «*Nella comminatoria*

[40] A. SCALFATI, A. BERNASCONI, A. DE CARO, A, FURGIUELE, M. MENNA, C. PANSINI, N. TRIGGIANI, C. VALENTINI, *Manuale di diritto processuale penale. Seconda edizione*. Torino, 2017, 528.

[41] Il concetto di bisogno della pena non va confuso con quello di meritevolezza della pena. Un fatto è meritevole di pena quando risulta concretamente offensivo; pertanto, quando un fatto non si considera meritevole di pena, si configura il cd. reato impossibile, ai sensi del secondo comma dell'art. 49 c.p., il quale non è idoneo a produrre un nocumento anche solo potenziale al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. Un fatto concretamente offensivo, pur essendo meritevole di pena, può, però, non risultarne bisognoso quando, all'esito di una valutazione complessiva, la pena stessa non necessita di esplicare la sua funzione special-preventiva e general-preventiva.

edittale il minimo esprime la soglia di indefettibilità cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo[42]». In altre parole, ancorare l'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. al solo massimo edittale di pena non consente all'istituto in esame di assolvere, in maniera piena, la propria funzione di carattere sostanziale: se da un lato, infatti, il massimo edittale di pena connota la gravità del tipo di reato, d'altro lato, il minimo edittale di pena ne determina la concreta gravità[43].

Insistendo sul diritto sostanziale, premesso che, per poter escludere la punibilità, l'offesa debba necessariamente sussistere, non risulta agevole operare un discernimento tra un'offesa "semplicemente" tenue – dunque, non meritevole di rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 131 *bis* c.p. – e un'offesa particolarmente tenue – rientrante, invece, nell'alveo applicativo dell'istituto. Il *gap* evidenziato dovrebbe essere colmato dalla valutazione del fatto, come concretamente realizzato nella realtà fenomenica, operata dal giudice sulla scorta dei criteri ermeneutici forniti dal richiamato art. 133 c.p. e delle ipotesi tassative di esclusione della particolare tenuità dell'offesa, di cui al secondo comma dell'art. 131 *bis* c.p.: queste ultime, per altro, pur essendo state introdotte nel tentativo di arginare la discrezionalità del giudice, sono da considerare ridondanti, dal momento che, essendo connotate da un particolare disvalore sociale, non potrebbero, anche in assenza di una precisazione legislativa, dar luogo a un'offesa particolarmente tenue[44]. Ciò premesso, è chiaro come la valutazione del giudice, se non equilibrata, possa tradursi in un'operazione di carattere eccessivamente discrezionale, con il rischio di tradire il principio di legalità delle pene.

Sul piano processuale, è stata già evidenziata la contraddittorietà tra la natura dell'istituto e la sua applicazione processuale – consentita sin dalla fase delle indagini preliminari – che gli è costata la denominazione di "ibrido" tra una causa di non punibilità e una condizione di procedibilità. Questo è, probabilmente, l'aspetto che crea maggiori confusioni, dal momento che è in grado di alterare i principi che regolano il processo penale, il quale è caratterizzato da una precisa definizione dei ruoli, delle fasi e dei relativi provvedimenti. D'altro canto, vale osservare che relegare l'operatività dell'art. 131 *bis* alla sola fase dibattimentale avrebbe vanificato l'esigenza deflattiva dell'istituto, la quale costituisce l'obiettivo primario della novella del 2015.

Profili di criticità in ordine all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. sono ravvisabili anche nell'ambito dell'ordinamento penale militare. È già stato rilevato come uno dei rischi insiti nell'applicazione generalizzata dell'istituto *de quo* ai reati militari consiste nel potenziale affievolimento della tutela degli interessi militari presidiati dalle norme incriminatrici stesse.

Un ulteriore profilo di rischio riguarda la possibilità di esiti irragionevolmente diseguali, legati alla concomitante operatività tra la richiesta di procedimento del Comandante di Corpo, sancita dall'art. 260 c.p.m.p., e l'esclusione di punibilità per la particolare tenuità del fatto, due istituti che rispondono a *rationes* analoghe. Dall'art. 260 c.p.m.p. si desumono diverse facoltà del Comandante di Corpo, tra cui – oltre alle due ipotesi-limite di non presentare richiesta di procedimento penale né di comminare sanzione disciplinare e, al contrario, di richiedere l'uno e irrogare l'altra – sussiste la possibilità che egli opti alternativamente per l'uno o per l'altra. Risulta agevole, dunque, rilevare che per fatti analoghi, possa essere deciso, in un caso, di contenere la sanzione nell'ambito

[42] T. PADOVANI, *Un intento deflattivo del possibile effetto boomerang*, in *Guida dir*., 2015, n. 15.

[43] Cfr. A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, n. 4/2017, 170.

[44] Sul punto R. BORSARI, *Commento al decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 recante "disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto"*, in La legislazione penale (on line) 2016, 18.

disciplinare e, nell'altro, valutata una gravità tale da non poter confinare la sanzione in ambito esclusivamente disciplinare, di richiedere l'instaurazione del procedimento penale. Ove in sede giurisdizionale venisse applicata la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., la condotta per la quale è stato richiesto procedimento penale, in quanto considerata di una certa gravità dalla competente autorità militare, resterebbe impunita sul piano penale: ciò, tuttavia, non precluderebbe, ma anzi renderebbe quasi doveroso un procedimento disciplinare a carico del militare interessato.

Le riflessioni sin qui condotte richiedono di valutare, dunque, la concreta opportunità di applicare l'istituto generale dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto al rito speciale militare, posto che, nell'ordinamento penale militare, operano già istituti che presentano la medesima *ratio* deflattiva, consentendo, al più, di contenere la sanzione in ambito disciplinare.

"*ICC is not a Human Rights Body":* le motivazioni del Procuratore della Corte Penale Internazionale sulla "archiviazione" della *preliminary examination* in *Iraq/UK*

di *Giovanni Chiarini*

Sommario: 1. Introduzione: la *Situation in Iraq/UK,* il precedente del 2006 e la riapertura della *preliminary examination* nel 2014*.* – 2. Le motivazioni contenute nel *Final Report* del 9 dicembre 2020: una sintesi dei principali aspetti processuali e l'utilizzo del principio di complementarità. – 3. Conclusioni: *"ICC is not a human rights body".*

1. Introduzione: la *Situation in Iraq/UK*, il precedente del 2006 e la riapertura della *preliminary examination* nel 2014

In data 9 dicembre 2020 il Procuratore della Corte Penale Internazionale[1], Fatou Bensouda, ha "archiviato"[2] la *Preliminary Examination* relativa alla *Situation in Iraq/UK*[3] ed ha così deciso di non richiedere l'autorizzazione all'avvio di una indagine alla *Pre-Trial Chamber*[4]*.*

Il caso Iraq/UK non è nuovo nel panorama della procedura penale internazionale. Esso veniva aperto a seguito di 240 denunce avanzate da cittadini iracheni e da organizzazioni, ed aveva ad oggetto presunti reati commessi da cittadini del Regno Unito nel contesto del conflitto iracheno a partire dall'anno 2003. L'esame preliminare veniva inizialmente concluso e poi archiviato dall'ex Procuratore Luis Moreno-Ocampo già il 09 febbraio 2006[5], ma il 13 maggio 2014[6] veniva riaperto dal nuovo Procuratore Fatou Bensouda sulla base dell'acquisizione di nuovi elementi[7], prodotti anche da parte di associazioni quali l'*European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)* e *Public Interest Lawyer (PIL)* che nel gennaio dello stesso anno presentavano un dettagliato esposto[8].

In particolare, si tratta di reati riconducibili alla categoria dei "crimini di guerra" di cui all'articolo 8[9] dello Statuto di Roma, tra cui l'omicidio, lo stupro o altre forme di violenza sessuale,

---

[1] Di seguito, "Corte Penale Internazionale" sarà indicata anche con il termine di "Corte" o di "CPI".

[2] Nella procedura della Corte Penale Internazionale, la *preliminary examination* non è riconducibile al nostro concetto di "indagini preliminari", ma è finalizzata, in sintesi, a determinare se esiste una *reasonable basis* per avviare una *Investigation,* ossia una indagine. Con tutte le cautele legate alla traduzione, nel proseguio definirò come "archiviazione" la chiusura della *preliminary examination*.

[3] Il termine "situation in Iraq/UK" sarà indicato anche come "caso Iraq/UK" o, più semplicemente, come "caso".

[4] La *Pre-Trial Chamber* si può definire come un Giudice per le Indagini Preliminari, che nella procedura della Corte Penale Internazionale può, a seconda dei casi, costituirsi sia in composizione monocratica sia collegiale. Di seguito, sarà indicata anche come "camera preliminare".

[5] Come si evince dal documento redatto in lingua inglese ed in lingua francese, datato 09 febbraio 2006, *OTP response to communications received concerning Iraq*, di cui al link: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-response-iraq-06-02-09.

[6] *Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, re-opens the preliminary examination of the situation in Iraq*, https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-iraq-13-05-2014.

[7] Si veda ad esempio quanto contenuto nel documento dell'*European Center for Constitutional and Human Rights*, rinvenibile al seguente link: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/ECCHR_Follow_Up_Communication_to_OTP_War_crimes_by_UK_forces_in_Iraq_July_2019.pdf.

[8] L'esposto trasmesso alla Corte Penale Internazionale in data 10 gennaio 2014 da parte delle due richiamate organizzazioni "ECCHR" di Berlino e "PIL" di Birmingham si può trovare al seguente link: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/January_2014_Communication_by_ECCHR_and_PIL_to_ICC_OTP_re_Iraq_UK__public_version_.pdf.

[9] L'articolo 8 dello Statuto di Roma, rubricato "War Crimes" (crimini di guerra), prevede una lunga lista di reati. Per ragioni di sintesi, qui in seguito si riportano integralmente solo quelli che, seppur in parte, hanno interessato la *preliminary examination* in esame.

Art. 8:

la tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti, presumibilmente commessi nei confronti di persone irachene detenute o sotto la custodia delle forze armate britanniche. Il Procuratore della CPI, pur ritenendo che inizialmente vi fosse una "base ragionevole" per dimostrare che alcuni dei predetti reati fossero stati commessi, non è riuscito a dimostrare una inattività o una compromissione delle autorità giudiziarie nazionali britanniche, e per tali motivi, in virtù del rispetto del principio processuale di complementarità e dei suoi corollari, ha deciso di archiviare la *preliminary examination,* senza così richiedere l'autorizzazione all'avvio di un'indagine.

2. Le motivazioni contenute nel *final report* del 9 dicembre 2020: una sintesi dei principali aspetti processuali e l'utilizzo del principio di complementarità

Il recente *final report*[10], datato 9 dicembre 2020[11] consta, nella versione inglese, di 184 pagine e 505 paragrafi, di cui qui si sintetizzano solamente gli aspetti processuali più rilevanti.

L'analisi non può che iniziare dalle questioni di giurisdizione[12]: *ratione materiae; ratione temporis; ratione personae; ratione loci.*

---

1. La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala.
2. Agli effetti dello Statuto, si intende per "crimini di guerra":
a) Gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 19495, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra:
i) omicidio volontario;
ii) tortura o trattamenti inumani (…);
(…)
b) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati internazionali, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti:
(…)
xxi) violare la dignità della persona, in particolare utilizzando trattamenti umilianti e degradanti;
xxii) stuprare (…) e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave delle Convenzioni di Ginevra;
(…)
c) In ipotesi di conflitto armato non di carattere internazionale, gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno qualsiasi degli atti di seguito enumerati, commessi contro coloro che non partecipano direttamente alle ostilità, ivi compresi i membri delle Forze Armate che hanno deposto le armi e coloro che non sono in grado di combattere per malattia, ferite, stato di detenzione o per qualsiasi altra causa:
(i) atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio, le mutilazioni, i trattamenti crudeli e la tortura;
ii) violare la dignità personale, in particolare trattamenti umilianti e degradanti;
(…)
(e) Altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale, nei conflitti armati non di carattere internazionale, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti:
(…)
vi: stuprare (…) e commettere qualsiasi altra forma di violenza sessuale costituente violazione grave dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra.

[10] Di seguito indicato anche con il termine "rapporto finale" o "rapporto".

[11] Il rapporto finale è rinvenbile in lingua inglese, francese ed irachena al seguente link: https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201209-otp-final-report-iraq-uk. Per una cronologia dei vari rapporti, si rimanda al link: https://www.icc-cpi.int/iraq

[12] Per aprire una *investigation* occorre preliminarmente accertare che non vi sia difetto di competenza (nel senso di "giurisdizione") sia dal punto di vista temporale (*Jurisdiction ratione temporis*) ai sensi dell'art. 11, sia nell'ottica della competenza "per materia" (*Jurisdiction ratione materiae*), ed ai sensi dell'art. 8 territoriale e personale (*Jurisdiction ratione loci/jurisdiction ratione personae*). Sul punto, per un approfondimento sulla diversa situatzione del Mali, sia permesso di rimandare a G. CHIARINI, *Le procedure in caso di ammissione di colpevolezza nella Corte Penale Internazionale: una "terza via" tra Common Law e Civil Law*, - Cassazione Penale - Panorama Internazionale, Giuffré, 12/2020, pp. 4742-4765.

Per quanto riguarda quella *ratione materiae,* si tratta di reati di competenza della CPI, in questo caso ai sensi degli articoli 5 ed 8 dello Statuto di Roma[13].

Con riferimento alla competenza *ratione temporis*, il Regno Unito ha depositato lo strumento di ratifica dello Statuto di Roma in data 04 ottobre 2001 e pertanto l'entrata in vigore risultava prevista al 1 luglio 2002, come disposto dagli articoli 125 e 126[14], ed i crimini oggetto della *preliminary examination* riguardano il periodo a partire dal 20 marzo 2003 e fino al 28 luglio 2009[15].

Ugualmente soddisfatta è la competenza *ratione personae*, in quanto si tratta di cittadini del Regno Unito.

Lo stesso però non si può dire per quella *ratione loci,* non essendo l'Iraq uno Stato membro delllo Statuto e non avendo presentato una dichiarazione di accettazione dell'esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 12 comma 3°. Per tali motivi il Procuratore non era legittimato ad esaminare tutti i crimini commessi su quel territorio, salvo, appunto, quelli riguardanti cittadini del Regno Unito in qualità di Stato membro come previsto dal comma 2° di tale norma[16].

[13] Di seguito, ogni articolo riportato, se non è specificata la fonte, farà riferimento allo Statuto di Roma, approvato il 17 luglio 1998 ed in vigore dal 1 luglio 2002.

[14] In particolare, l'art. 126 prevede che *"Il presente Statuto entra in vigore il primo giorno del mese dopo il sessantesimo giorno successivo alla data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite".*

[15] Come si legge al par. 74, pag. 31/184 della versione inglese:
«The alleged crimes were committed in the context of and were associated with the armed conflicts that took place in the territory of Iraq in the period from 20 March 2003 to 28 July 2009. In particular, the relevant crimes were committed during the international armed conflict between the Coalition Forces, of which the British Armed Forces were a component, and the Government of Iraq between 20 March 2003 and 28 June 2004; and during a non-international armed conflict from 28 June 2004 until 28 July 2009 between the Iraqi government forces and the Multinational Force-Iraq (MNF-I), on one hand, and non-State armed groups, including Al-Qaeda Organization in the Land of the Two Rivers ("Al-Qaeda in Iraq"), Islamic Army in Iraq, Ansar al-Islam and the Mahdi Army, on the other. Following the official withdrawal from Iraq of multi-national forces on 31 December 2008, the non-international armed conflict continued between the Iraqi Government and US and UK armed forces, on one side, and armed groups, on the other. The UK remained a party to the armed conflict until 28 July 2009 when British combat troops completed their withdrawal from Iraq.»

[16] Articolo 12.
1. Lo Stato che diviene parte del presente Statuto accetta con tale atto la competenza della Corte sui crimini di cui all'articolo 5.
2. Nelle ipotesi previste dall'articolo 13 lettere a) o c) la Corte può esercitare il proprio potere giurisdizionale se uno dei seguenti Stati, o entrambi, sono Parti del presente Statuto o hanno accettato la competenza della Corte in conformità delle disposizioni del paragrafo 3:
a) lo Stato nel cui territorio hanno avuto luogo l'atto o l'omissione in oggetto o, se il crimine è stato commesso a bordo di una nave o di un aeromobile, lo Stato della bandiera o di immatricolazione di tale nave o aeromobile;
b) lo Stato del quale la persona accusata ha la cittadinanza.
3. Se è necessaria, a norma delle disposizioni del paragrafo 2, l'accettazione di uno Stato non Parte del presente Statuto, tale Stato può, con dichiarazione depositata in Cancelleria, accettare la competenza della Corte sul crimine di cui trattasi. Lo Stato accettante coopera con la Corte senza ritardo e senza eccezioni, in conformità al capitolo IX.

Dall'analisi del rapporto emerge inoltre di come siano state analizzate in modo principale le questioni relative al principio di complementarità[17], che rappresenta l'essenza della Corte Penale Internazionale[18], richiamata agli articoli 1 e 17 nonché contenuta nello stesso Preambolo.

In base a questo principio, in estrema sintesi, gli Stati membri hanno la prima responsabilità nonché il diritto di perseguire i crimini internazionali, poiché la Corte penale internazionale può attivare la propria giurisdizione solo in via complementare, ossia laddove gli Stati non la esercitino[19]. Si tratta tuttavia di una complementarità temperata, poiché come chiaramente enunciato dall'articolo 17 dello Statuto[20], il caso è da considerarsi improcedibile solamente se: a) sullo stesso

[17]Sul principio di "complementarità" si veda, ad esempio, G. CONSO, in *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive.* a cura di G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), Istituto italiano per gli Studi Filosofici, Vivarium, Napoli, 2003, il quale, a p. 463, in sede di conclusioni, nel paragonare il principio della "giurisdizione concorrente" contenuto nell'art. 9 dello Statuto del Tribunale ad Hoc per l'ex Jugoslavia (che definisce, in senso critico, come principio della giurisdizione "preminente") a quello di complementarità della CPI, afferma che «ben più opportunamente lo Statuto di Roma sottolinea sin dal suo Preambolo la semplice complementarità della Corte penale internazionale rispetto alle giurisdizioni penali nazionali». Si veda anche L. PROSPERI, *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?* in Federalismi.it, 20 dicembre 2013; F. LATTANZI, *La complementarità,* in *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo,* a cura di G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), Giuffré, Milano, 2006, pp. 179-208. Per la stessa curatela, A. CIAMPI, *I presupposti per l'esercizio della giurisdizione*, pp. 113-120, nonché V. MONETTI, *L'Inchiesta,* pp. 935-968.

In lingua inglese si segnala, tra i tanti, l'interessante contributo di G. S. GORDON, *Complementarity and Alternative Justice*, Oregon Law Review, Vol. 88, pp. 101-182, 2009; nonché C. STAHN, *Taking complementarity seriously*, in C. STAHN & M. EL ZEIDY (Eds.), *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, pp. 233-282, Cambridge University Press, Cambridge, 2011; L. E. CARTER, *The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem*, Santa Clara Journal of International Law, Vol. 8, Is. 1, pp. 165-198, 2010; F. POCAR - M. MAYSTRE, *The Principle of Complementarity: A Means Towards a More Pragmatic Enforcement of the Goal Pursued by Universal Jurisdiction?,* in M. BERGSMO (a cura di), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, pp. 247-301; Come riferimento monografico, si rimanda all'opera di J. K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions,* Oxford University Press, Oxford, 2008.

In lingua spagnola, si rimanda a H. OLÁSOLO, *Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Especial Referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*, Tirant lo Blanch/Centro de Derecho Internacional Humanitario (Cruz Roja Española), Valencia, 2003.

[18] Il principio di complementarità è sancito espressamente sia nel Preambolo, ove si legge che *«la Corte penale internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali" ("the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions"),* nonché nell'articolo 1: *"È istituita una Corte penale internazionale («la Corte») in quanto istituzione perma- nente che può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, ai sensi del presente Statuto. Essa è complementare alle giurisdizioni penali nazionali. La sua giurisdizione ed il suo funzionamento sono regolati dalle norme del presente Statuto." ("An International Criminal Court ("the Court") is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute»).*

[19] Emblematiche, sul punto, sono le parole dell'ex Procuratore della Corte, Luis Moreno-Ocampo: *«As a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national institutions, would be a major success»*, in *Statement by Mr. Luis Moreno-Ocampo, June 16, 2003 Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor.*

[20] Article 17

Issues of admissibility

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

(c) The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3;

sono in corso di svolgimento indagini o procedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di avviare un procedimento; b) lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente; c) la persona interessata è già stata giudicata per quella condotta e pertanto non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20, paragrafo 3, che prevede il *ne bis in idem*; d) il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte.

Il comma 2° di tale norma specifica inoltre che al fine di decidere se ricorre il cosiddetto "difetto di volontà dello Stato", la Corte valuta se, avuto riguardo alle garanzie giudiziarie riconosciute dal diritto internazionale, sussistono una o più delle seguenti circostanze: a) il procedimento è condotto oppure è stato condotto ovvero la decisione dello Stato è stata adottata nell'intento di proteggere la persona interessata dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte indicati nell'articolo 5; b) il procedimento ha subito un ritardo ingiustificato che, date le circostanze, è incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia; c) il procedimento non è stato, o non è condotto in modo indipendente o imparziale, ed è stato, o è condotto in modo tale da essere – date le circostanze – incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia.

Il comma 3°, infine, prevede che al fine di decidere se ricorre la cosiddetta "incapacità dello Stato", la Corte valuta se, a causa di un totale o sostanziale "collasso" ovvero della indisponibilità del proprio sistema giudiziario interno, lo Stato non abbia la capacità di ottenere la presenza dell'imputato o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento instaurato.

Il principio di complementarità veniva richiamato anche dall'ex Procuratore Luis Moreno-Ocampo che sottolineava, in sede di prima archiviazione, che i sistemi giuridici nazionali – se effettivamente funzionanti – sono in linea di principio il Foro più appropriato ed efficace per affrontare le accuse di crimini di questa natura[21], anche se la sua valutazione non è affatto semplice e lineare[22]. In quest'ultimo caso, Fatou Bensouda si è per forza di cose concentrata sui procedimenti nazionali brittanici, in termini di disponibilità delle autorità britanniche competenti a svolgere le indagini o i procedimenti penali pertinenti ai sensi del 2° comma dell'articolo 17, ed in particolar modo sull'accertamento del cosiddetto "difetto di volontà dello Stato". Come esposto dallo stesso Procuratore, questa è la prima volta che la potenziale riluttanza di uno Stato è stata al centro della

---

(d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:

(a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

3. In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

[21] Nel 2006 il numero di vittime presunto era stimato dalle 4 alle 12 persone. Una volta riaperto però il numero di vittime presunto è stato stimato in oltre 54.

[22] Si veda quanto espresso nel paragrafo 149 del report, pag. 55/184 della versione inglese:

«The complementarity assessment in this preliminary examination has not been straightforward. The assessment has focussed on the genuineness of national proceedings in terms of the willingness of the competent UK authorities to carry out the relevant investigation or prosecution genuinely under article 17(2).»

valutazione di una così approfondita analisi sulla complementarità da parte della Procura della CPI[23], che ha portato ad un complesso studio delle strutture e dei meccanismi della procedura domestica di riferimento[24]. Inoltre, ha evidenziato che alcuni casi erano stati portati anche dinnanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[25] oltre che davanti agli organi nazionali.

Per la Procura, l'analisi dei requisiti indicati dall'art. 17 comma 2° rappresenta, correttamente, uno step difficile da oltrepassare in un caso come questo. Già nel differente caso *Gheddafi (ICC-01/11-01/11)* la *Pre-Trial Chamber* aveva evidenziato che essa non era chiamata a determinare se le prove fossero abbastanza forti o decisive da stabilire la responsabilità penale di Gheddafi, ma, invece, se la Libia stesse adottando – o avesse adottato – misure per indagare sulla responsabilità di Gheddafi in relazione allo stesso caso, e non basterebbe di per sé dimostrare che le prove raccolte dalle autorità nazionali potessero risultare insufficienti a supportare una condanna[26]. Inoltre, ha richiamato il caso *Afghanistan (ICC-02/17)* e l'importante e recente sentenza della *Appeals Chamber*[27] in tema di articolo 18 dello Statuto[28] nonché la sentenza del caso congolese *Katanga (ICC-01/04-01/07)* sul cosiddetto "test" di complementarità[29]: in primo luogo, per passare il "vaglio" di ammissibilità dell'articolo 17, occorre valutare se le autorità nazionali si siano attivate e, in caso di risposta negativa, occorre in secondo luogo accertare se il procedimento nazionale non sia "viziato" dalla volontà o dall'incapacità della giurisdizione domestica di perseguire effettivamente i reati[30].

Dopo l'approfondito esame delle questioni qui sopra sintetizzate, la Procura si è trovata di fronte a tre opzioni: 1) mantenere aperta la *Preliminary Examination*, non essendo questa fase

---

[23] Definita come OTP, *Office of the Prosecutor,* o più semplicemente, in questo caso, come "Office".

[24] Per un approfondimento dei procedimenti celebrati nel Regno Unito, si rimanda a C. FERSTMAN, T. OBEL HANSEN, N. ARAJÄRVI, *The Uk Military In Iraq: Efforts And Prospect For Accountability For International Crimes Allegations? A Discussion Paper*, University of Essex Human Rights Centre, 2018; si veda anche T. OBEL HANSEN, *Accountability for British War Crimes in Iraq? Examining the Nexus Between International and National Justice Responses*, in M. BERGSMO, CA. STAHN, Quality Control in Preliminary Examination: Volume 1, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018, pp. 399-450.

[25] Sul punto si veda, ad esempio, M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, European Journal of International Law, Volume 23, Issue 1, Febbraio 2012, pp. 121-139.

[26] Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, 31 maggio 2013, par. 122: *«the Chamber is not called to determine whether such evidence is strong enough to establish the criminal responsibility of Mr Gaddafi but, instead, whether Libya is taking steps to investigate Mr Gaddafi's responsibility in relation to the same case. The Chamber's finding as to the latter would not be negated by the fact that, upon scrutiny, the evidence may be insufficient to support a conviction by the domestic authorities»,* https://www.legal-tools.org/doc/339ee2/pdf.

[27] La *Appeals Chamber* si può definire come Corte di Appello.

[28] Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan,* 05 marzo 2020, par. 35-42 https://www.legal-tools.org/doc/x7kl12/pdf.

[29] Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor V. Germain Katanga And Mathieu Ngudjolo Chui, *Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case*, 25 settembre 2009, par. 78: *«Therefore, in considering whether a case is inadmissible under article 17 (1) (a) and (b) of the Statute, the initial questions to ask are (1) whether there are ongoing investigations or prosecutions, or (2) whether there have been investigations in the past, and the State having jurisdiction has decided not to prosecute the person concerned. It is only when the answers to these questions are in the affirmative that one has to look to the second halves of sub-paragraphs (a) and (b) and to examine the question of unwillingness and inability. To do otherwise would be to put the cart before the horse. It follows that in case of inaction, the question of unwillingness or inability does not arise; inaction on the part of a State having jurisdiction (that is, the fact that a State is not investigating or prosecuting, or has not done so) renders a case admissible before the Court, subject to article 17 (1) (d) of the Statute. This interpretation of Article 17 (1) (a) and (b) of the Statute also finds broad support from academic writers who have commented on the provision and on the principle of complementarity.*» https://www.legal-tools.org/doc/ba82b5/pdf/.

[30] Il lavoro svolto dall'OTP è imponente e si rimanda alla lettura del report finale sopraindicato per una maggiore comprensione. In particolare, si rimanda ai paragrafi 149 e seguenti, pag. 55 e seguenti.

soggetta ad alcun limite temporale*;* 2) chiedere l'autorizzazione, alla *Pre-Trial Chamber*, all'avvio di una *Investigation;* 3) archiviare la *Preliminary Examination.*

La scelta è ricaduta su quest'ultima. Difatti, per avviare una indagine (*Investigation)* il Procuratore avrebbe dovuto dimostrare davanti alla *Pre-Trial Chamber* la sussistenza, come previsto in particolare dai comma 3° e 4° dall'articolo 15[31] dello Statuto, di un "ragionevole fondamento" supportato da elementi probatori e nel rispetto degli altri criteri analizzati in *preliminary examination*[32]*.* Tuttavia, il Procuratore, con un ragionamento prognostico, è andato oltre: sebbene l'ammissibilità non faccia parte della determinazione di una Camera preliminare ai sensi dell'articolo 15[33], ha comunque sottolineato che è un suo persistente dovere[34] quello di accertarsi che tutti i fattori rilevanti all'apertura di un'indagine, inclusa l'ammissibilità, siano soddisfatti prima di poter procedere con l'istanza di autorizzazione al suo avvio. Inoltre, tale requisito è necessario per anticipare eventuali richieste di differimento ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto. Nel compiere

---

[31] Articolo 15. Il Procuratore.

(…)

3. Se il Procuratore conclude che v'è un ragionevole fondamento per avviare indagini, presenta alla Camera Preliminare una richiesta di autorizzazione alle indagini, unitamente ad ogni elemento di supporto raccolto. Le vittime possono essere rappresentate di fronte alla Camera Preliminare, in conformità al Regolamento di procedura e di prova.

4. Se la Camera Preliminare, dopo aver esaminato la richiesta e gli elementi giustificativi che l'accompagnano, ritiene che vi sia un ragionevole fondamento per avviare indagini e che il caso appaia ricadere nella competenza della Corte, essa dà la sua autorizzazione senza pregiudizio per le successive decisioni della Corte in materia di competenza e di procedibilità.

(…)

Nella versione ufficiale in lingua inglese, si utilizza il termine *"reasonable basis to proceed with an investigation".*

[32] Nella fase di preliminary examination, occorre valutare:

1) le condizioni di procedibilità dell'art. 13, in termini di competenza: *ratione temporis; ratione materiae; ratione loci; ratione personae;*

2) le condizioni di procedibilità dell'art. 17, ossia la "complementarità" e la "gravità";

3) la presenza degli *"interests of justice".*

Nonostante nella traduzione ufficiale si utilizzino i termini di "condizioni di procedibilità" per riferirsi all'art. 13 *("exercise of jurisdiction"* nella versione inglese), e di "questioni relative alla procedibilità" (*"issues of admissibility"* nella versione inglese) per riferirsi all'art. 17, a parere di chi scrive risulta corretto per entrambi i casi utilizzare il termine di "condizioni di procedibilità". In caso di mancato rispetto dei principi contenuti nell'art. 17, infatti, il caso sarebbe da dichiararsi improcedibile.

Per quanto riguarda gli *"interests of justice"* si tratta di una clausola elastica che il pubblico ministero può invocare – in negativo – se è convinto che un'indagine o un procedimento penale non sia negli interessi della giustizia, e così avviare il procedimento all'archiviazione, previo controllo della *Pre Trial Chamber*. Sul punto, si veda V. FANCHIOTTI, in *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo,* a cura di G. Lattanzi, V. Monetti, Giuffré, 2006, p. 1219, il quale sostiene che *«è del tutto evidente come una scelta del genere sia connotata da un amplissimo margine di discrezionalità e che l'apprezzamento degli 'interessi della giustizia' rappresenti un criterio inevitabilmente più politico che tecnico-giuridico: ne è conferma il fatto che si sia avvertito il bisogno di completarlo attraverso il riferimento, ben più concreto, alle vittime».*

[33] Per un approfondimento, M. BERGSMO, J. PEJIC, D. ZHU, *Article 15,* all'interno di *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, di K. AMBOS - O. TRIFFTERER (a cura di), 3° ed. 2015, C. H. Beck-Hart-Nomos, p. 730.

[34] Come si legge nel report, par. 501-502:

«Although the Appeals Chamber has recently held that admissibility does not form part of a Pre-Trial Chamber's determination under article 15(4), it nonetheless stressed the persisting duty of the Prosecutor, under rule 48, to be satisfied that all of the factors relevant to the opening an investigation, including admissibility, are met before proceeding with an article 15 application. Moreover, such a requirement is necessary to anticipate possible deferral requests under article 18 of the Statute.

(…)

The Office recalls that, based on its evaluation of the totality of the information available, it cannot conclude that the UK authorities have been unwilling genuinely to carry out relevant investigative inquiries and/or prosecutions (article 17(1)(a)) or that decisions not to prosecute in specific cases resulted from unwillingness genuinely to prosecute (article 17(1)(b)). Specifically, for the purpose of article 17(2), the Office cannot conclude that the relevant investigative inquiries or investigative/prosecutorial decisions were made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court.»

questo ragionamento Fatou Bensouda ha richiamato anche i doveri previsti all'articolo 48 delle *Rules of Procedure and Evidence*[35] ossia che nel determinare se esiste una "base ragionevole" per poter procedere con un'indagine ai sensi dell'articolo 15 comma 3°, il Procuratore deve considerare i fattori di cui al primo comma dell'articolo 53. Quest'ultima norma prevede in sostanza che si devono considerare: a) se le informazioni in suo possesso forniscono un "ragionevole fondamento" per supporre che un reato di competenza della Corte è stato commesso; b) se il caso è o sarebbe procedibile secondo l'articolo 17; c) se, in considerazione della gravità del reato e degli interessi delle vittime, vi sono motivi gravi di ritenere che un'inchiesta non favorirebbe gli interessi della giustizia.

I requisiti di cui all'articolo 17 non si possono quindi ignorare ed il Procuratore non li ha ritenuti sussistenti nel caso di specie. Ciò non preclude tuttavia la successiva facoltà di prendere in esame, alla luce di fatti o elementi di prova nuovi, ulteriori informazioni relative alla stessa situazione e di riaprire il caso ai sensi del comma 6° dell'art. 15, come era già stato fatto a seguito della precedente archiviazione del 2006.

Tra l'altro, il mandato di Fatou Bensouda è ormai giunto al termine e sarà eventualmente onere del prossimo Procuratore, Karim Khan, valutarne la necessità. Nelle conclusioni, ha ritenuto di essere cosciente che tale decisione avrebbe scontentato entrambe le parti[36], ed effettivamente così è stato, specialmente per chi non si aspettava l'archiviazione[37].

[35] Le *Rules of Procedure and Evidence* della Corte Penale Internazionale sono più assimilabili ad un vero "codice" di procedura, e sono differenti dallo Statuto di Roma.

[36] Par. 503 del report:
«While this decision might be met with dismay by some stakeholders, while viewed as an endorsement of the UK's approach by others, the reasons set out in this report should temper both extremes." Mentre a paragrafo 504: *"The Office has set out in some detail its assessment of various aspects of the domestic processes which, while falling short of evidence demonstrating unwillingness, continue to be areas of concern».*

[37] In senso critico, da una parte si veda Amnesty International, nel comunicato di cui al link https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/12/icc-decision-on-uk-military-in-iraq-rewards-obstructionism/, che ha parlato dell'archiviazione del caso Iraq/UK come una premiazione dell'ostruzionismo: *«ICC decision on UK military in Iraq rewards obstructionism*», nonché la Human Rights Watch, https://www.hrw.org/news/2020/12/10/united-kingdom-icc-prosecutor-ends-scrutiny-iraq-abuses che ha parlato di "double standard": *«The International Criminal Court (ICC) prosecutor's decision to close a preliminary examination of alleged war crimes by British forces in Iraq is likely to fuel the perception of a double standard in international justice»,* o ancora più marcatamente, A. SCHUELLER, *The ICC, British War Crimes in Iraq and a Very British Tradition*, Opinio Juris, http://opiniojuris.org/2020/12/11/the-icc-british-war-crimes-in-iraq-and-a-very-british-tradition/.
Dall'altra parte, ad esempio, la dichiarazione dell'ex primo ministro Theresa May poco dopo la riapertura della *preliminary examination* del 2016: *«We will never again — in any future conflict — let those activist left wing human rights lawyers harangue and harass the bravest of the brave, the men and women of our armed forces»*, in A. T. WILLIAMS, "A conspiracy cooked up by 'activist left-wing human rights' lawyers?", OpenDemocracy, 14 novembre 2016. Si veda anche T. O. HANSEN, *Policy Choices, Dilemmas and Risks in the ICC's Iraq-UK Preliminary Examination*, FICHL Policy Brief Series No. 83 (2017).

3. Conclusioni: *"ICC is not a human rights body"*

Già dalle prime pagine del report il Procuratore evidenzia che *"ICC is not a human right body"*[39]: la Corte Penale Internazionale, infatti, non è un organo chiamato a decidere se nei procedimenti giudiziari interni siano stati violati i diritti umani, ma ha il compito di esercitare la propria competenza giurisdizionale nel rispetto del principio di complementarità e dei suoi corollari. Già nel 2014, nella sentenza della *Appeals Chamber* nel caso *Al-Senussi*[40] *(ICC-01/11-01/11),* la Corte aveva specificato che la CPI non va considerata come una sorta di *"international court of human rights"*[41], né nell'articolo 17 dello Statuto si intravede un criterio basato sui diritti umani[42], essendo di natura puramente processuale. Nel caso di specie, le autorità britanniche hanno fondato nel 2010 la IHAT *("Iraq Historic Allegations Team")*[43]*,* una autorità competente a indagare sui presunti crimini dei propri cittadini in Iraq, e successivamente nel 2017 la SPLI *("Service Police Legacy*

[39] Report, par. 9:
«*However, the reason that these concerns did not trigger a decision by the Prosecutor to seek authorisation to open an investigation ultimately turned on the nature of the ICC's admissibility regime. As the Court has emphasised, the ICC is not a human rights body called upon to decide whether in domestic proceedings the requirements of human rights law or domestic law have been violated, Rather it is tasked with determining whether it should exercise its own competence in a criminal case, in place of the primary duty which belongs to a State. To do so, the Court must be satisfied that no relevant proceedings have been undertaken, or if they have, that those proceedings were not genuine, either because the State is unable to undertake genuine proceedings, or because the State is unwilling to do so in the sense that it has taken steps to shield perpetrators from criminal justice».*

[40] Situation In Libya In The Case Of The Prosecutor V. Saif Al-Islam Gaddafi And Abdullah Al-Senussi, *Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi",* 24 luglio 2014*,* par. 190: «*the Appeals Chamber recalls that, in the context of admissibility proceedings, the Court is not primarily called upon to decide whether in domestic proceedings certain requirements of human rights law or domestic law are being violated. Rather, what is at issue is whether the State is willing genuinely to investigate or prosecute. In the context of article 17 (2) (c) of the Statute, the question is whether the failure to provide a lawyer constitutes a violation of Mr Al-Senussi's rights which is "so egregious that the proceedings can no longer be regarded as being capable of providing any genuine form ofjustice to the accused so that they should be deemed [...] to be 'inconsistent with an intent to bring [Mr Al-Senussi] to justice'».* https://www.legal-tools.org/doc/ef20c7/.

[41] Report, par. 219*:*
«Indeed, the Court was not established to be an international court of human rights, sitting in judgment over domestic legal systems to ensure that they are compliant with international standards of human rights." A case could be admissible merely because domestic proceedings do not fully respect the due process rights of a suspect. This would necessarily involve the Court passing judgment generally on the internal functioning of the domestic legal systems of States in relation to individual guarantees of due process».

[42] Report, par. 229:
«*As set out above, the Appeals Chamber considers that article 17 was not designed to make principles of human rights per se determinative of admissibility. Yet, at the same time, the Appeals Chamber agrees with the Prosecutor that the fact that admissibility is not an enquiry into the fairness of the national proceedings se does not mean "that the Court must turn a blind eye to clear and conclusive evidence demonstrating that the national proceedings completely lack faimess».*

[43] Report, par. 163-181:
163. IHAT's original mandate was to investigate cases of alleged death or ill-treatment of Iraqis in British custody which were the subject of claims for judicial review. IHAT had an initial caseload of 165 cases, with a date for completion of 1 November 2012. This mandate was later widened to also include the alleged unlawful killing by British service personnel of Iraqis who were not in custody
164. The creation of IHAT was deemed necessary to discharge the implicit duty to investigate set out in sections 116 and 113, of the Armed Forces Act 2006 ('the Act'), as well as the procedural duty under articles 2 and 3 of the ECHR.240 Subsequent proceedings before the ECtHR in Al Skeini and others v United Kingdom, confirmed that the UK Government had a duty under the Convention to carry out an adequate and effective investigation into allegations involving British service personnel in Iraq as well as into wider matters regarding the planning and control of the operations and instructions, training and supervision of the soldiers. The UK considered the IHAT investigations, and potential prosecutions, as necessary to satisfy the admissibility requirements of the Rome Statute.
[…]

Investigations")[44] , entrambi comunicanti con la SPA *("Service Prosecuting Authority")*[45], e l'OTP, pur individuando varie perplessità, non è riuscita a dimostrare i requisiti "ulteriori" richiesti dall'art. 17[46], specialmente quello del "difetto di volontà dello Stato".

Il Procuratore ha tuttavia rilevato che diversi livelli di supervisione hanno fallito e che le omissioni del comando militare hanno contribuito alla commissione dei presunti crimini contro i detenuti da parte dei soldati britannici in Iraq, e che questo è stato un fattore fondamentale per poter riaprire la *preliminary examination* e riesaminare il caso[47]. L'oggetto principale dell'esame dell'OTP è stato, in sostanza, il capire se se le successive indagini condotte da IHAT/SPLI fossero autentiche o se esistessero prove che i potenziali autori di tali crimini fossero stati protetti dalla giustizia penale domestica. Solo in tal caso si sarebbe superato il "test" dell'art. 17.

Da una parte, quindi, la Procura della CPI ha preso atto delle indagini effettuate dalle autorità britanniche, seppur in una fase successiva; dall'altra ha affermato che il risultato di tali processi nazionali è durato più di dieci anni, ha comportato l'esame di migliaia di accuse, ma pochi sono stati i rinvii a giudizio. Fatou Bensouda ha evidenziato anche quanto riportato dalle autorità britanniche,

---

[44] Ibidem, par.182-191:
182: Following criticism in the UK parliament over the work, duration and expense of IHAT, the Secretary of State for Defence announced in February 2017 his intention to close down IHAT in advance of its scheduled December 2019 timeline, which took effect on 30 June 2017. The remaining investigations were reintegrated into the service police system and taken over by a new investigative unit, known as Service Police Legacy Investigations (SPLI), led by a senior Royal Navy Police (RNP) officer (Officer in Command) and made up of RNP and Royal Air Force Police (RAFP) personnel.
183. The SPLI is thus composed of service (naval and air force) police personnel and headed by a senior Royal Navy Police Officer.
[…]

[45] Report, par. 192-204:
192. The role of the SPA in the UK's historical inquiries into offences by UK personnel allegedly committed in Iraq has extended to both the investigative and prosecution stages. The SPA, which is headed by the Director of Service Prosecutions (DSP), currently employs both military and civilian staff. The SPA is independent of the military chain of command and is not answerable to the Secretary of State for Defence with regard to prosecutorial decisions. It has no hierarchical subordination to the MoD and operates under the superintendence of the Attorney-General.
193. During IHAT and SPLI's work, SPA lawyers have been partially embedded within the investigative process to help provide direction and guidance on the evidentiary strength of cases for possible referral, applying the relevant evidentiary sufficiency test. Upon referral of cases by IHAT or the SPLI, the SPA has been responsible for determining whether such cases merited prosecution. The SPA, like the Crown Prosecution Service, applies the 'full code test', to determine what cases, and what charges, to prosecute. According to this test, (i) there must be sufficient evidence to provide a realistic prospect of conviction against each suspect on each charge (Evidential Test), and (ii) a prosecution must be in the public interest, including the service interest in the case of the SPA (Public and Service Interest).
[…]

[46] Report, par. 9:
«*Given that the allegations before the Office have been subjected to domestic criminal inquiry by IHAT/SPLI, and therefore that the authorities were not 'unable' to proceed, the focus of the Office's inquiries has been to determine whether the information and evidence shows that the UK authorities have been unwilling genuinely to investigate and prosecute – namely whether they have engaged in shielding perpetrators from criminal justice».*
Nel resto, come già sopraesposto al paragrafo 2 del presente articolo, si rimanda alla lettura dei paragrafi 149 e seguenti del report.

[47] In *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Iraq/United Kingdom*, 09 dicembre 2020: *«The Office has previously found, and today confirmed, that there is a reasonable basis to believe that members of the British armed forces committed the war crimes of wilful killing, torture, inhuman/cruel treatment, outrages upon personal dignity, and rape and/or other forms of sexual violence. The Office has identified a confined number of incidents to reach this determination which, while not exhaustive, appear to correspond to the most serious allegations of violence against persons in UK custody. The Office further found that several levels of institutional civilian supervisory and military command failures contributed to the commission of crimes against detainees by UK soldiers in Iraq. In this respect, a key aspect that warranted scrutiny was whether the evidence available supported referring criminal charges against commanders and other superiors for such conduct.»*

ossia che una debolezza significativa e ricorrente nei procedimenti nazionali[48] è stata la mancanza di prove, le incongruenze e le inattendibilità delle testimonianze, anche data la natura storica delle indagini, avvenute anni dopo gli eventi[49]. E sebbene alcuni di questi fattori siano una caratteristica comune nelle indagini su reati di questa natura, questi risultati erano, per l'OTP, anche in gran parte dovuti all'inadeguatezza delle indagini iniziali condotte dalle autorità militari britanniche. Ed è per questo che il Procuratore sottolinea che la CPI non è un "tribunale per i diritti umani", in quanto non è dedicato a giudicare i criteri del giusto processo all'interno degli ordinamenti nazionali quanto, invece, ad attivare la propria giurisdizione in caso di inattività – piena o "celata" – delle autorità giudiziaria nazionali[50]. In questo caso, pur esprimendo varie perplessità, ha ritenuto corretto non richiedere l'avvio dell'indagine ai sensi dell'art. 15: "come Procura", si legge nella presentazione del report, «il nostro scopo è assicurare giustizia alle vittime di crimini atroci, in stretta conformità con il nostro mandato, senza timori o favori. Tale impegno-dovere è sempre soggetto alle possibilità ed ai limiti fissati dallo Statuto di Roma, e da una rigorosa valutazione oggettiva dei criteri giuridici applicabili»[51].

Ovviamente, l'affermazione *"ICC is not a human rights body"* non va fraintesa e va interpretata in senso meramente tecnico: la Corte Penale Internazionale non è un tribunale per i

[48] Osserva F. LATTANZI, in *La Corte penale internazionale è ormai una realtà*, prefazione a *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive,* op. cit. p. XX, che «è un fatto che essi [i tribunali penali internazionali] sono inevitabilmente destinati a svolgere una funzione di stimolo, di impulso per le giurisdizioni statali, perché è l'esistenza in sé di tribunali penali internazionali che mette in luce la non collaborazione degli Stati, la mancanza di una normativa statale sostanziale e processuale adeguata, l'inerzia delle giurisdizioni nazionali, l'esistenza stessa di crimini gravissimi».

[49] In *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Iraq/United Kingdom*, 09 dicembre 2020: *«The Office has found that the initial response of the British army in theatre at the time of the alleged offences was inadequate and vitiated by a lack of a genuine effort to carry out relevant investigations independently or impartially. The institution of public inquiries and the subsequent creation of the Iraq Historic Allegations Team (IHAT) in the UK were a response to the admitted failures of the British army at the time to conduct effective investigations. The question for my Office was whether the subsequent investigations carried out by the UK authorities were genuine, or if there was evidence that potential perpetrators had been shielded from criminal justice. The Office acknowledges the efforts made by the UK authorities, even if at a later stage, in setting specific mechanisms to address these allegations, and the relevant resources placed into investigating the allegations. Nevertheless, the outcome of the more than ten year long domestic IHAT/SPLI process, involving the examination of thousands of allegations, has resulted in not one single case being prosecuted to date: a result that has deprived the victims of justice. Although a handful of cases have been referred for prosecution, in each instance, prosecution was declined on evidentiary and/or public/service interest grounds.»*

[50] In *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Iraq/United Kingdom*, 09 dicembre 2020: «*The Office's report has identified numerous concerns with respect to how specific decisions on certain matters were arrived at. The ICC, however, is not a human rights body called upon to decide whether in domestic proceedings, the requirements of human rights law or domestic law have been violated. Instead, it is tasked with determining whether it should exercise its own competence in a criminal case, in place of a State. To do so, the ICC must be satisfied that no relevant proceedings have been undertaken, or if they have, that those proceedings were not genuine, either because the State is unable to undertake genuine proceedings, or because the State is unwilling to do so in the sense that it has taken steps to shield perpetrators from criminal justice. Given the range and scope of the allegations examined by IHAT and its successor, the Service Police Legacy Investigations, the Office assessed that it could not conclude that the UK authorities had remained inactive. Instead, the more relevant question was their genuineness. If shielding had been made out, an investigation by my Office would have been warranted. Following a detailed inquiry, and despite the concerns expressed in its report, the Office could not substantiate allegations that the UK investigative and prosecutorial bodies had engaged in shielding, based on a careful scrutiny of the information before it. Having exhausted reasonable lines of enquiry arising from the information available, I therefore determined that the only professionally appropriate decision at this stage is to close the preliminary examination and to inform the senders of communications. My decision is without prejudice to a reconsideration based on new facts or evidence.»*

[51] In *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Iraq/United Kingdom*, 09 dicembre 2020: *«As a prosecuting office, our aim is to bring a measure of justice to the victims of atrocity crimes in strict conformity with our mandate, without fear or favour. That commitment and duty are always subject to the possibilities and limits set by the Court's founding treaty, the Rome Statute, and a rigorous objective assessment of the applicable legal criteria.»*

diritti umani in senso stretto[52], ma ciò non toglie che possa comunque avere un significato importante per l'attenzione globale verso la protezione dei diritti e dei valori umani più fondamentali e per lo sviluppo di essi anche all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali[53].

[52] Come sono, invece, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte Interamericana dei Diritti Umani. Per un ragionamento su CPI e CEDU in tema di diritto di difesa, si veda NICOLAS A. J. CROQUET, *The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?,* Human Rights Law Review, Oxford University Press 11:1(2011), 91^131, il quale afferma a p. 92 che *«the ECtHR has incrementally cross-referred to the Rome Statute of the International Court 1998 ('ICC Statute')2 when determining the scope of the States' positive obligations stemming from certain substantive human rights. Procedural fairness requires a coherent and predictable framework in order to provide legal certainty to the interfering authority and to the individual affected by the public interest interference. For the ICC, guidance in developing this framework may be derived from the practice of international human rights bodies.»* Sul diritto di difesa, si veda anche M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Giappichelli, 2011. Per un approfondimento dei diritti umani nei tribunali internazionali, M. SCHEININ (a cura di), *Human Rights Norm in 'Other' International Courts"*, Cambridge University Press, 2019, il quale in sede di conclusioni, a p. 461, afferma che *«Human rights references by non-human rights courts come in many forms and with varyin outcomes, but in general they contribute to better integration and coherence of international law rather than towards its fragmentation.»*

[53] Sul punto, si rimanda anche a quanto affermato dal giudice della CPI Hans-Peter Kaul, in *The Protection of Human Rights through the International Criminal Court as a Contribution to Constitutionalization and Nation – Building*, German – Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG) Thammasat University - Faculty of Law in cooperation with the German Embassy, Bangkok, Thailand, 21 January 2011, il quale, con riferimento al rapporto tra giurisdizioni nazionali e CPI: *«[…] it is precisely in the face of the worst atrocities that national systems have historically appeared time and again to be either unwilling or unable to act, for instance due to the partial or complete breakdown of domestic judicial infrastructure or because of political reasons if the suspected perpetrators are high ranking persons close to the country's leadership. It is for such situations that the majority of the world's independent States have voluntarily established the International Criminal Court, a court of last resort that can try individuals suspected of being responsible for genocide, crimes against humanity and war crimes when the national jurisdiction in question is not capable of doing so. This structural relationship of the ICC and the national jurisdictions is known as the principle complementarity. Indeed, this is the most important foundation, the basis of the entire ICC system established by the Rome Statute. The principle of complementarity allows the Rome Statute system to advance the struggle against impunity at two levels simultaneously, strengthening the global protection of fundamental human values while respecting and reaffirming state sovereignty. Beside the punishment of the perpetrators and the prevention of future crimes, the ICC has ground-breaking potential to contribute to the fulfilment of victims' human rights by way of the Court's progressive rules on victim participation and reparation.»* Link: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2C496E38-8E14-4ECD-9CC9-5E0D2A0B3FA2/282947/FINAL_Speech_Panel1_HumanRightsandtheInternational.pdf.

International Judicial Crossfire Eventually as a Mean of "Lawfare": Practice and Eventual Constraints under International and Transnational Law

di *Jean Paul Pierini*

Sommario: 1. Premise. – 2. The context and the reasons for judicial crossfire or backfire. – 2.1. Regime shielding in action: U.S. SDNY Halk Bank investigation backfired. – 2.2. Foreign judicial interference and tampering with witnesses in a French proceeding. – 2.3. Reacting to obstruction: the "Colombian obstruction of justice case". – 2.4. Reacting to obstruction: The "Prevezon obstruction case". – 3. Trials of foreign judges and prosecutors for war crimes and crimes against humanity. – 3.1. Trials on martial courts, the way they worked, and the penalties applied. – 3.2. Case law on courts within civil administration in the occupation regime. – 3.3. The "Justice case". – 3.4. The "Jurists' case" reloaded: Chilean investigation into Israeli justices. – 4. Discussion: jurisdiction over foreign judges and prosecutors in relation to their judicial activity under general principles. – 4.1. Judicial activities and international comity – 4.2. A "judges exception" under international rules against corruption? – 4.3. Judicial independence immunity beyond its constitutional purpose. – 4.4. About *res iudicata*, prejudicial removal of decisions and exhaustion of domestic remedies. – 5. Towards a conclusion.

1. Premise

The research theme, was initially explored in the shape of a "feasibility study", somehow triggered by the then ongoing trial in Lecce, Italy, of a Mexican "*juzgado calificador*" accused of having neglected its duties and concurred with five police officers in causing willfully the death of an Italian national detained in Mexico where while on vacation. The jurisdictional link was found under the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (UNCAT)[1] as implemented in the Italian legal system, although the crime of Torture was yet to be adopted[2] and charges were for willfully killing. In 2016 the accused were sentenced to jail for terms varying from 21 to 25 years[3]. The decision was apparently not appealed, and the judgments could be still awaiting to be served to the convicted Mexican citizens in their home State. Prospects of an extradition are essentially related to "travel mishaps" of the convicts outside Mexico.

When the research was initially developed, back in 2013, the term "Lawfare" was no longer a novelty and was already the subject of a conspicuous legal literature[4]. Nor the "weaponization" of

[1] United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85 (UNCAT), art. 5. The ratification of the Convention by the Italian President of the Republic was authorized, and its execution ordered with law of November 3, 1988, n. 498. The said law established as a jurisdictional link the so called "passive personality principle" in respect of crimes "which qualify as torture". Apparently, the reliance of the said provision - which remains "unchallenged" in higher instances, as the lawyers could not appeal the judgment without a special empowerment by the defendants - allowed for the overcoming of the need for a Ministerial request for the renovation of the proceeding (art. 11 of the Penal Code, after some of the accused had entered a plea bargaining in Mexico).

[2] The crime of torture was introduced in the Italian criminal code upon the passing of the law of July 14, 2017, n. 110, inserting art. 613-*bis* in the penal code. The amendment entered into force on July 18, 2017.

[3] F.Q, *Simone Renda, morì sotto tortura in carcere messicano: tribunale Lecce condanna sei imputati dai 21 ai 25 anni*, 15 December 2016, https://www.ilfattoquotidiano.it/2016/12/15/simone-renda-mori-sotto-tortura-in-carcere-messicano-tribunale-lecce-condanna-sei-imputati-dai-21-ai-25-anni/3262685/.

[4] On the term and its implications, *See* B. WHITES, *About Lawfare: A Brief History of the Term and the Site*, at https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site. The neologism "Lawfare" is attributed to C. J. DUNLAP JR, *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, Carr Center for Human Rights, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Working Paper, 2001. Early writings include

criminal jurisdiction was a novelty. The above Italian case was clearly not a matter of "Lawfare", but rather a criminal case raising strong emotional feelings in local media and the community of origin of the victim. Although, the "jurisdictional patterns" adopted appear suitable for being replicated in other domestic proceedings. And they appear unfortunately also suitable for being turned against national domestic situations involving migrants and eventually foreigners involved in domestic proceedings.

In an early essay about "Lawfare", *Carl Schmitt*'s *Politico* was evoked as in his fundamental friend-enemy conception of politics that all political groupings are oppositional - no enemies, no politics and the political world is by definition a world of us and them, and a political community "which embraces the entire globe and all of humanity cannot exist"[5]. The "us" and "them" concept embraces also justice, courts and the law and judicial proceedings involving conflicting interests and confrontation between States have rarely been entirely neutral and if they were, they probably will no longer be.

In the meantime, the widespread use of the terms Lawfare and its naiveties are common practice. Lawfare has become a metaphorical invective to label adverse or simply undesired initiatives somehow relying or linked to a law or a legal action. Naiveties are those associated with the "military" implications of the term and the unresolved weird (and fundamentally dumb) issue if sooner or later an equivalence of effects scale of a "declaratory relief" sought in a court to seize a weapons system or a military installation could mandate a kinetic reaction.

Apart from the kinetic response assessment degeneration, the idea of countering a proceeding under a foreign jurisdiction by an act in kind, whether to interfere, intimidate, react, or induce compliance with obligations, was, back in 2013, almost a novelty. At the time, the feeling towards such an idea was a mixed one. The concept was undeniably intriguing. Back then, the fear was that of an escalation of initiative and the sensation that all this could lead to unexpected outcomes. Judicatures more inclined to erect themselves above others are more likely to be paid back with the same money. Further, there was the fear for a definitive loss of the ideals of justice.

Nowadays, the path for judicial reaction to foreign judicial activity seems to be definitively traced. Still needed is the definition of the constraints under international law and the contours of

---

the impressive series of essays was published in the *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43 (2010) and included: W. J. ACEVES, *Litigating the Arab-Israeli Conflict in U.S. Courts: Critiquing the Lawfare Critique*, , p. 313; T. ANSAH, Lawfare: A Rhetorical Analysis, p. 87; LAURIE R. BLANK, *Finding Facts but Missing the Law: The Goldstone Report, Gaza and Lawfare*, p. 279; DAVID M. CRANE, *The Take Down: Case Studies Regarding "Lawfare" in International Criminal Justice: The West African Experience*, p. 201; C. J. DUNLAP JR., *Does Lawfare Need an Apologia?*, p. 121; D. J. R. FRAKT, *Lawfare and Counterlawfare: The Demonization of the Gitmo Bar and Other Legal Strategies in the War on Terror*, p. 335; SCOTT HORTON, *The Dangers of Lawfare*, p. 163; MICHAEL J. KELLY, *The Status of Corporations in the Travaux Preparatoires of the Genocide Convention: The Search for Personhood*; MICHAEL J. LEBOWITZ, *The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda's Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back*, p. 357; MICHAEL A. NEWTON, Illustrating Illegitimate Lawfare, p. 255; G. P. NOONE, *Lawfare or Strategic Communications?*, p. 73; R. PETIT, *Lawfare and International Tribunals: A Question of Definition: A Reflection on the Creation of the "Khmer Rouge Tribunal"*, p. 189; L. NADYA SADAT - JING GENG, *On Legal Subterfuge and the So-Called "Lawfare" Debate*, p. 153; W. A. SCHABAS, *Gaza, Goldstone, and Lawfare*, p. 307; M. P. SCHARF – E. ANDERSEN, *Is Lawfare Worth Defining - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11, 2010*. p. 11; C. BARTMAN, Lawfare: *Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments*, p. 423; M. A. WATERS, *"Lawfare" in the War on Terrorism: A Reclamation Project*, p. 327. The topic was subsequently rationalized by O. KITTRIE, *Lawfare. Law as a Weapon of War*, *Oxfor University Press*, 2016. Subsequent contributions include *ex plurimis* J. P. TRACHTMAN, *Integrating Lawfare and Warfare*, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 39, no. 2 (2016), p. 267 and F. IRANI, *'Lawfare', US military discourse, and the colonial constitution of law and war*, published online by Cambridge University Press: 7 November 2017.

[5] C. SCHMITT, *The Concept of the Political*, Translated and with an Introduction by G. SCHWAB, *The University of Chicago Press*, 2007, p. 54, quoted by D. LUBAN, *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2011, at http:/ssrn.com/abstract=1797904, p. 4.

judicial immunity as a more general principle derived from the different domestic constitutional and statutory principles.

In the second paragraph the context and the eventual ambit for judicial crossfire will be examined. The third paragraph examines the post World war two jurisprudence by domestic courts and by the NMT and also a more recent situation dealing with the way foreign courts discharged their duties. The purpose of the analysis is to identify the "limits" the proceeding tribunals and courts felt in respect of reviewing acts and decisions somehow calling into play the independence of the judges sitting as defendants and some deference towards their decisions. The German domestic practice in the timeframe it was colored by the exercise of the authority of the Control Council eventually delegating the application of Control Council law n. 10 (CCL n. 10) to domestic courts, should have completed the analysis. The findings showed that such practice was of interest under a different perspective. The said "spin off" is published separately.

In the fourth paragraph the actual meaning and purpose of judicial independence is examined while in the fifth tentative conclusive considerations are reached.

2. The context and the reasons for judicial crossfire or backfire

The potential for criminal cases, based on the situation mentioned in the premise – the death of a national while in foreign prison custody, requires some brief remarks. The "judicial side" of human rights violation and its involvement in crimes against humanity has always benefited from its being somehow in a "shadow cone". Human rights violations are not only a matter of rogue police and military. Judicial involvement in human rights violations varies from situations in which courts have an almost exclusive responsibility – an example are situations where freedom of expression is involved and family life is endangered as a matter of political persecution - to situations in which responsibility is shared with the executive, in the shape of a participation in a common plan or design at least as matter of denial of justice and failure to repress human rights violations[6].

The Jerusalem district court in its decision on the *Eichmann* case[7] took the opportunity to remark the role of the judiciary in the complex of the NS regime, integrally quote the following phrasing of the "jurists' case": "that the laws, the Hitlerian decrees and the Draconic, corrupt and perverted Nazi judicial system themselves constituted the substance of war crimes and crimes against humanity, and that participating in the enactment and enforcement of them amounts to complicity in crime". Almost all dictatorships have a long time ago learned the language of the law and courts and how to use and abuse legal processes, properly advised by legal advisers.

Human rights violations and crime against humanity do not exhaust the array of situations potentially leading to the prosecution of foreign judges and prosecutors. In Kleptocracies, mafia-States and narco-States, the leadership is shielded from foreign prosecution by judicial authorities hampering expectations of judicial cooperation by States tackling corruption, drug trafficking and money laundering. Shielding practices may well include tampering, jailing, and convicting witnesses as well as physically eliminating them. Judicial authorities of corrupt and rotten regimes engage in the judicial building of alternate narratives. These narratives emerge from arrest warrants, judgements and necessarily require someone else to blame, prosecute, convict and also to leave to die in prison. Judicial narratives at convenience support the exploitation of international mechanisms as those established under *Interpol*, to persecute whistleblowers and individuals uncovering crimes and criminal schemes.

---

[6] On the situation in South Africa, *See*, R. CONIGLIO, *Methods of judicial decision-making and the rule of law: the case of Apartheid South Africa*, in *Boston University International Law Journal*, 2009, 30, p. 496ff.; D. DYZENHAUS, *Judging the Judges, Judging ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, 2003. For Argentina, *See* National Commission on the Disappearance of Persons [CONADEP] Report 1983 on the role of the Judiciary.

[7] *Attorney General of Israel v. Eichmann, 36*, in *International Law Reports* 5, 239 (1968).

Even if not entailing assertion of criminal jurisdiction, the targeting of individuals targeted with individual sanctions to include financial ones, under the U.S. "Magnitsky rule of law accountability act"[8] provides some highlight on the extent of an international scrutiny over foreign activity, with an eminently judicial participation, grossly violating human rights. The sanction extend to prosecutors and judges contributing in their respective capacity to a "retaliatory prosecution", upholding the arrest and detention without trial, the extension of the detention upon falsified evidence, the acceptance as true of evidence submitted by security services clearly disavowed by evidence intentionally not taken into consideration, the rejection of evidence submitted by the defense counsel in relations to the absence of reasons for the committal to judicial custody, the denial of medical care while in prison, the denial of complaints about gross human rights violations, the harassment of lawyers. The said U.S. Act, determined a Russia response - the "Yakovlev Act" by which, besides U.S. officials involved in the detention in Guantanamo, certain judicial and law enforcement allegedly involved in the violation of the rights of Russian citizens were targeted with sanction.

Despite U.S. and European Union (EU) sanctions the same Russian prosecutors were able to abuse of Interpol "Red Notice", targeting the same subjects which raised the issues leading to the death of *Magnitsky* on alternate reality narrative[9]. As of November 1, 2019, out of approximately 7000 "public" Interpol "Red Notices" (the overall figure was approx. 58.000), 2,631 were based on requests from Russia (as of November 1) weaponizing the weaponized Interpol's opaque Red Notice procedure to silence dissent[10] and target western businesses, leaving Interpol's Commission for the Control of Files (CCF) spammed and behind schedule. The abuse prompted bills in the U.S. to counter such practices. The "weaponization of Interpol" may not be regarded as being solely a matter of police and Ministries of Interiors and represent the "emerged part of the iceberg" industrially fabricated retaliatory or simply obstructive prosecutions. One of the follow up civil proceedings in the U.S. was further obstructed by means of a tainted answer to a request for judicial assistance which will be examined later.

Shielding may also take the form of leaking information about incoming arrest warrants upon a request for extradition, an authority has the duty to execute. Judicial crossfire may contribute to the prosecution of gross human rights violations of crimes of international concern.

It is sad but, the very same means may be used for opposite purposes. Perceived threats in Kleptocracies may also be represented by the truthful exposition of own leaders in a foreign proceeding as reckless thugs, kleptocrats and murderers. Reactions are the same and judicial cross firing of backfiring may target honest foreign judges and prosecutor; sometimes with the sole prospect of influencing their travel habits to avoid being with firm courtesy invited to join a border guard in a foreign airport to join a Back office and being swiftly transferred in a prison facility for extradition purposes. Establishing the political and retaliatory character of a foreign prosecution may require months.

---

[8] Public Law n. 112 – 208 of December 14, 2012, *Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012*. On the implementation of the Act, *See* the website https://www.state.gov/implementation-of-the-sergei-magnitsky-rule-of-law-accountability-act/. The complete list of sanctioned individuals is available at the following link: https://www.treasury.gov/ofac/downloads/sdnlist.pdf.

[9] An interesting autobiographical reading is represented by B. BROWDER, *Red Notice: A True Story of Corruption, Murder and One Man's Fight for Justice*, Transworld Digital, 2015. The Author was the employer of Sergei Magnitsky and was long targeted with retaliatory request for extradition transmitted by Interpol Red notices. On Red notice abuse, *See* K. GILSINAN, *How Russia Tries to Catch Its 'Criminals' by Abusing Interpol Vladimir Putin has once again gamed the system to get an anti-corruption activist arrested in a Western democracy*, on *The Atlantic*, May 30, 2018, https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/russia-interpol-abuse/561539/.

[10] RICHARD L. CASSIN, *Will 'civilized states' end the scourge of Red Notices?*, November 19, 2019 FCPA Blog, https://fcpablog.com/2019/11/19/will-civilized-states-end-the-scourge-of-red-notices/ According to the Author 2,631 Russian red notices compares with 331 from the U.S, 58 from Canada, 40 from China, 26 from France 26, 2 from Japan.

In a legally unbound world, the same patterns adopted for the Magnitsky rule of law accountability act have been replicated for the sanctioning under the U.S. Executive Order (E.O.) 13928[11] of June 11, 2020, blocking property of certain persons associated with the International Criminal Court after the Pre -Trial Chamber, earlier in May, granted the Prosecutor permission to move forward with her investigation in the situations in Afghanistan, raising acute concern to the United States[12]. In the following subparagraph recent cases and also "potential cases", showing patterns applicable by analogy to other than the specific defendants or to other material conduct will be examined.

2.1. Regime shielding in action: U.S. SDNY Halk Bank investigation backfired

The U.S. Attorney's Office for the Southern District of New York (SDNY) started investigations into the use of deceptive measures to provide access to international financial networks, including U.S. financial institutions, to the Government of Iran, Iranian entities, and entities identified by the Department of the Treasury Office of Foreign Assets Control as Specially Designated Nationals ("SDNs"). The scheme implied the use of the Turkish *Halk Bank* to engage in transactions that violated U.S. sanctions against Iran, protecting and hiding *Reza Zarrab* (an Iranian well connected businessman with links in Turkey) supply of currency and gold to the Government of Iran, Iranian entities, and SDNs using *Halk Bank*, and in doing so, shielded the bank from U.S. sanctions[13]. He allegedly also conspired to create and use false and fraudulent documents to disguise prohibited transactions for Iran and make those transactions falsely appear as transactions involving food, thus falling within humanitarian exceptions to the sanctions regime. While *Reza Zarrab* pleaded guilty and in October 2017, Mehmet *Hakan Atilla*, the Deputy General Manager of International Banking of *Halk Bank* was sentenced in 2018.

The proceeding against *Atilla* represented a matter of concern to Turkey as it apparently touched upon relatives of the ruling president. The Istanbul Public Prosecutor's Office on November 2017 accused former U.S. prosecutor *Preet Bharara* and his then deputy U.S. prosecutor *Joon H. Kim* of using information and documents from previous investigations in Turkey for the case of *Zarrab*[14]; According to another source, the investigation was launched on the grounds that the documents used in *Zarrab*'s case may have been stolen docs, fraud or of unknown content[15]. The probe was apparently triggered by an Affidavit filed by the defense of *Atilla* on October 30 2017[16]. In the said Affidavit there are attached an email by the Government claiming that it was "aware of no participation by any U.S. Government agency in making the recordings" and that "the audio files that have been produced in discovery are exact digital duplicates of the audio files in the Government's possession." Further, the information derived from a 2012-13 Turkish investigation "was apparently handed over to American prosecutors by some unknown person or persons … but not in a usual government-to-government handover of evidence that either has been commonly developed or requested pursuant a mutual legal assistance treaty … instead [it was we believe that]

[11] Executive Order on Blocking Property Of Certain Persons Associated With The International Criminal Court, https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-blocking-property-certain-persons-associated-international-criminal-court/.

[12] B. VAN SCHAACK, *The Int'l Criminal Court Executive Order: Global Reactions Compiled*, on *Just Security*, September 1, 2020, https://www.justsecurity.org/72256/the-intl-criminal-court-executive-order-global-reactions-compiled/.

[13] Department of Justice, U.S. Attorney's Office Southern District of New York.

[14] Daily Sabah, November 18, 2017, https://www.dailysabah.com/diplomacy/2017/11/18/turkish-prosecutors-launch-probe-into-us-attorneys-in-zarrab-case.

[15] Turkey Purge, November 18, 2017, https://turkeypurge.com/istanbul-prosecutor-opens-investigation-preetbharara-joon-h-kim-others+&cd=2&hl=it&ct=clnk&gl=it.

[16] *Declaration of Cathy Fleming, Esq. in Support of Mehmet Hakan Atilla's Motion in Limine to Preclude Recordings*, Case 1:15-cr-00867-RMB Document 320 Filed 10/30/17, available at: https://www.courtlistener.com/docket/4356296/320/united-states-v-zarrab/.

the materials were apparently stolen by political partisans and given by someone outside of the Turkish government to the U.S. prosecutors". The former Turkish law enforcement officer that participated in the Turkish investigations and handed over was subsequently interviewed in the proceedings and explained to have "obtained "some" of the investigative file from an unnamed Turkish prosecutor and others from a Turkish law enforcement lab technician". The defense in his motion for mistrial asserted that the "production of evidence in this courtroom was made possible by … violation of Turkish criminal law" and that the said law enforcement officer "stolen evidence in hand, … fled from Turkey, made his way to the United States and delivered the purloined materials to the U.S. Attorney in the Southern District of New York". The motion further asserts, "the latter office accepted them, apparently without reservation".

What is essentially a matter of acquisition, reliance on and use of evidence obtained by a witness outside official judicial exchange of information, seem to have been framed as a receiving of stolen property. Irrespective of the fate of the "probe" (which seems to be in a dormant phase), the interesting circumstances of the case and his political background, suggest that the use of "judicial backfire" in situations in which documents and information of politically contested investigation and evidence critical to the political leadership are introduced into evidence in foreign proceedings or otherwise surface abroad in judicial proceedings will not to remain insulated.

2.2. Foreign judicial interference and tampering with witnesses in a French proceeding

Within the second set proceedings in France about the circumstances of the death of judge *Borrel*, technical advisor detached to the ministry of justice of Djibouti[17], Mr. *Djama Souleiman Ali*, *Procurateur de la Republique* at the material time and subsequently *Procurateur général*, and the Head of the Intelligence of Djibouti, were summoned, accused and convicted *in absentia* by the *chambre correctionnelle* of the *Versailles Tribunal de grande instance* the 27 of March 2008[18], for subornation of perjury for having executed various forms of pressure upon a witness in order to make him reconsider previous statements[19]. "European Arrest Warrants" had already been issued on 27th September 2006.

The question of the functional immunity of the defendant was raised by Djibouti within the contentious case instituted in front of the International Court of Justice in order to determine and declare that France had violated its obligations provide mutual assistance in criminal matters and also the immunities and prerogatives of Heads of State[20]. The contention that the accused was afforded with immunity, later defined as "functional immunity", was rejected by the ICJ as such

[17] Judge *Borrel* was found dead in Djibouti October 19, 1995. The *Procurateur of the Republic* Djibouti opened investigations into the death on February 28, 1996. The investigations were closed December 7, 2003, concluding that the death had occurred due to suicide. On a parallel track, the "first set" of French proceedings into the circumstances of the death of Judge *Borrel* started in *Toulouse* on December 7, 1995. The widow and heirs of Judge *Borrel* enjoined civil parties. By judgment dated June 21, 2000, the French judicial authorities held that the initial reconstruction of events carried out in Djibouti (by French authorities) had been unlawful in the absence of the civil parties. The Paris Court of Appeal, accordingly, removed the case from the investigating judges and transferred it to another investigating judge at the Paris *Tribunal de grande instance*. The French authorities sent several requests for judicial assistance to the authorities of Djibouti and *vice versa*. Files on the *Borrel* case were "classified" in France. A comprehensive reconstruction of the case can be found in the International Court of Justice*, Certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti v. France), §§21ff.

[18] Retrieved from http://www.syndicat-magistrature.org/Affaire-BORREL-subornation-de.html the 18th of May 2013.

[19] Statements were apparently those made by a former officer in the Djiboutian presidential guard, according to which several Djiboutian nationals, including the later President of the Republic of Djibouti, at the time Principal Private Secretary to the then President, were implicated in the murder of judge *Borrel*. The above testimony was challenged by Mr. *Ali Abdillahi Iftin*, who in 1995 was the commander of the Djiboutian presidential guard, and who withdrew his statements in 2004.

[20] *Certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti v. France)(Merits)[2008][196] https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf.

immunity was not part of the original application of Djibouti and the acceptance of the jurisdiction of the Court by France[21]. Interestingly the defendant vested with prosecutorial functions was among those representing Djibouti in front the International Court of Justice. The subornation took allegedly place in Brussels in 2002 and perhaps also by the end of the previous year[22], in a timeframe in which investigations by the defendant in Djibouti were still ongoing.

The jurisdiction in the French proceeding was asserted as the subornation was aimed at mislead – with patterns very similar to those of the obstruction of justice - through the creation of a material document, a draft of statements to be provided, in a criminal proceeding in France where the "effects" were produced. Perhaps the most significant part of the detailed French judgment pertains to the ascertained lack of justification of the defendant's trip to Brussels with an "official mission"[23] and more specifically with any link with the then pending investigations in Djibouti. On the other side, the official, or specifically "judicial", character of the activity, is not further detailed in the written and oral proceeds of the case in front of the International Court of Justice.

2.3. Reacting to obstruction: the "Colombian obstruction of justice case"

An investigation in 2012 by the U.S. Attorney's Office for the Eastern District of New York (EDNY) revealed that through his employment at the Colombian Attorney General's Office, *Tellez-Buitrago* had specialized access to law enforcement materials, including requests from the United States government for the extradition of alleged Colombian drug traffickers. Such requests were sensitive and confidential until the arrest of individuals sought. *Tellez-Buitrago* was charged with accepting bribes from a lawyer, *Gonzalez-Marquez* in exchange for leaking documents relating to EDNY extradition requests for narcotics traffickers[24].

Upon extradition in the U.S., both pleaded guilty, were sentenced and subsequently transferred to Colombia for the execution of the sentence. The indictment[25] returned by the grand jury included counts mentioned several counts for together with others, knowingly, intentionally and corruptly conspire to obstruct, influence and impede an official proceeding to wit … a proceeding in EDNY under 18 U.S. Code § 1512(c)2[26] and (k).

The indictment referred to the "extraterritorial jurisdiction of the United States" and 18 U.S.C. § 3238. The invoked provisions would have allowed, in different factual circumstances, for

---

[21] In *Certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti v. France), § 200, it is noted that the Court "*observes that Djibouti did not in its Application of 9 January 2006 ask the Court to find that France lacked jurisdiction as regards the acts alleged to have been engaged in by Mr. Djama Souleiman Ali and Mr. Hassan Said Khaireh in Brussels and Djibouti respectively. That being so, such a contention cannot fall within the scope of what France, in its letter to the Court dated 25 July 2006, has accepted shall be determined by the Court. Accordingly, the Court makes no observation on the contention of each of the Parties on this matter.*".

[22] Mr. *Djama Souleiman Ali*, *procureur de la Republique* of Djibouti, and accused in the French proceeding apparently travelled to Brussels at the beginning of 2002 and possibly in December 2001, in order to persuade the former presidential guard in the presence of his lawyer, to withdraw the evidence he was to give.

[23] *Versailles Tribunal de grande instance* the 27 of March 2008, Judgment, cit. page 43.

[24] *Corrupt Colombian Government Employee And Criminal Defense Attorney Extradited In Obstruction Of Justice Case*, May 22, 2013, https://www.justice.gov/usao-edny/pr/corrupt-colombian-government-employee-and-criminal-defense-attorney-extradited. refer to 18 U.S.C. § 1512 … and cautiously to the "extraterritorial jurisdiction of the Unites States" and 18 U.S.C. § 3228.

[25] The indictment dated November 8, 2012, is available at the following link: http://content.govdelivery.com/attachments/USDHSICE/2012/11/16/file_attachments/175778/Court_Document.pdf.

[26] 18 U.S.C. 1512(c)2: (c): Whoever corruptly … (2) otherwise obstructs, influences, or impedes any official proceeding, or attempts to do so, … shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both. (k): Whoever conspires to commit any offense under this section shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense the commission of which was the object of the conspiracy. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1512.

the prosecution of any other public official involved in the conduct and "obstruction of justice", may allow the exercise of extraterritorial jurisdiction[27].

2.4. Reacting to obstruction: The "Prevezon obstruction case"

Following investigations in 2018 by the U.S. Attorney's Office for the Southern District of New York (SDNY), Russian Attorney *Natalya Veselnitskaya* was charged with obstruction of Justice[28] in connection with a civil money laundering and forfeiture action[29]. In the said civil case, the Government sought to prove that a company had received and laundered a portion of the proceeds of a Russian tax refund fraud scheme involving corrupt Russian officials[30]. The scheme was the same uncovered by *Sergei Magnitsky*, who had participated in reporting the fraud to Russian authorities but was then arrested in a retaliatory proceeding. The U.S. Attorney's Office for the SDNY filed the action on September 2013, seeking to recover several million dollars' worth of property, mainly New York real estate, on the ground that this property was involved in laundering a portion of the proceeds of a Russian tax fraud scheme (the "Russian Treasury Fraud")[31]. In March 2014, the U.S. Government sent the Russian Government a request pursuant to a Mutual Legal Assistance Treaty (the "MLAT Request"), seeking - for use in the Action - records proving the commission of the Russian Treasury Fraud and Russian bank records showing the flow of the Russian Treasury Fraud's proceeds[32].

In August 2014, the Russian Government responded to the MLAT Request. Instead of providing the requested records, the Russian Government sent the U.S. Government a report from the Russian Prosecutor General's Office (the "Russian MLAT Response")[33]. Subsequently, *Veselnitskaya* (which happened to be the same lawyer involved in the "Trump Tower" meeting seeking an attenuation of Russia sanctions), submitted to the SDNY an intentionally misleading declaration in opposition to a Government motion, presenting supposed investigative findings by the Russian government, exonerating the Company as … findings independently drafted by the Russian government. Instead, *Veselnitskaya* had participated in drafting those supposed exculpatory investigative findings in secret cooperation with a senior Russian prosecutor. The Russian MLAT response purported to accuse *Sergei Magnitsky* … and the owner of the Company mentioned as a victim … of Interpol Red Notice abuses (*infra* § 2) of the commission the Russian Treasury Fraud . The Russian prosecutor then sent *Veselnitskaya* a draft of a formal complaint against the Prosecutor General's Office (i.e., against the office where the Russian prosecutor worked) seeking a copy of the Russian MLAT Response. Such a formal complaint would falsely make it appear - consistent with the misleading declaration - that *Veselnitskaya* was only able to obtain the Russian MLAT Response through formal legal means and was not a party to its very drafting[34]. The charge, was differently from the EDNY's "Colombian obstruction of justice case", under 18

[27] *See* C. DOYLE, *Obstruction of Justice: An Overview of Some of the Federal Statutes That Prohibit Interference with Judicial, Executive, or Legislative Activities*, Congressional Research Service 7-5700 www.crs.gov, RL34303, with reference to *United States v. Fisher*, 494 F.3d 5, 8-9 (1st Cir. 2007)(contemplated murder in Canada of a federal witness).

[28] https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/russian-attorney-natalya-veselnitskaya-charged-obstruction-justice-connection-civil.

[29] *United States v. Prevezon Holdings*, Ltd., et al., 13 Civ. 6326.

[30] Veselnitskaya indictment, https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1123676/download.

[31] Veselnitskaya indictment, cit.

[32] Veselnitskaya indictment, cit.

[33] Veselnitskaya indictment, cit.

[34] https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1123676/download.

U.S.C. 1503[35] and the so called "Omnibus clause"[36]. The same provisions could apply apparently not only to the false declaration, also to the fabrication of the MLAT response.

3. Trials of foreign judges and prosecutors for war crimes and crimes against humanity

The non-conspicuous international practice of the prosecution of foreign judges and prosecutors, when occurred, is mainly related with the prosecution of core crimes or widespread violation of human rights. In such cases jurisdiction was essentially exercised by occupying forces or by national courts after a situation of occupation had ended or by domestic courts upon end of civil wars, regime changes or national reunification.

Further we will focus on judgments specifically dealing with crimes committed in the course of or by means of judicial activity - either prosecutorial or adjudicatory - to include situations in which the discharging of judicial functions provided solely an appearance of legitimacy and an excuse for the commission of crimes and a criminal activity.

3.1. Trials on martial courts, the way they worked, and the penalties applied

A first group of cases is characterized by the *ex post* scrutiny by military commissions or tribunals of the conduct of military personnel sitting in court martials and delivering judgments resulting in the execution of war prisoners and civilians. The relevant decisions show to focus mainly on the lack of due process requirements of the trials under scrutiny and to a lesser extent on aspects pertaining on the decision itself.

An exception is represented by the trial held by the United States Military Commission in Shanghai, in the case of Lieutenant General *Sawada* and three others and decided on 15 April 1946[37]. In this very interesting case, both command responsibility and judicial responsibility are at issue. Defendants of different ranks were charged as authority convening a court martial, judges sitting in the said court and jailer for having, in violation of the laws and customs of war, respectively denied the status of prisoners of war, tried and sentenced through a Japanese court martial eight named members of U.S. Forces and executed the said sentence. The Japanese trial was conducted based on *ex post facto* "enemy airmen law". All the U.S. aviators were convicted and three were

---

[35] 18 U.S. Code § 1503. Influencing or injuring officer or juror generally:
(a) Whoever corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication, endeavors to influence, intimidate, or impede any grand or petit juror, or officer in or of any court of the United States, or officer who may be serving at any examination or other proceeding before any United States magistrate judge or other committing magistrate, in the discharge of his duty, or injures any such grand or petit juror in his person or property on account of any verdict or indictment assented to by him, or on account of his being or having been such juror, or injures any such officer, magistrate judge, or other committing magistrate in his person or property on account of the performance of his official duties, or corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to influence, obstruct, or impede, the due administration of justice, shall be punished as provided in subsection (b). If the offense under this section occurs in connection with a trial of a criminal case, and the act in violation of this section involves the threat of physical force or physical force, the maximum term of imprisonment which may be imposed for the offense shall be the higher of that otherwise provided by law or the maximum term that could have been imposed for any offense charged in such case.
(b) The punishment for an offense under this section is [*omissis*] and (3) in any other case, imprisonment for not more than 10 years, a fine under this title, or both.
(3) in any other case, imprisonment for not more than 10 years, a fine under this title, or both.

[36] *See* JAMES K. FITZPATRICK, *The Supreme Court's Bipolar Approach to the Interpretation of 18 U.S.C. 1503 and 18 U.S.C. 2232(c)*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 86 (1995-1996) p. 1383.

[37] Case n. 25, Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three others, United States Military Commission, Shanghai, 27th February, 1946 – 15th April, 1946, *Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission*, London, 1948, vol. V, p. 1ff. Available at: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-5.pdf.

executed whilst a fourth died during captivity. In the subsequent U.S. trial the military commission found all four Japanese officers guilty. Interestingly, the role of the highest in rank was defined in accordance with the ordinary pattern for "command responsibility". In determining the extent to which two of the defendants sitting as judges in the Japanese court martial were "accessories" to the war crime, the U.S. military commission held that the judge with legal training (*Yusei Wako*) was guilty of having "*had before him purported confessions of the American fliers and other evidence obtained and furnished by the military police headquarters in Tokyo ... he ... accepted the evidence without question and tried and adjudged the prisoners on the evidence which was false and fraudulent*". However, the military commission held that, when voting the death penalty, the defendant was "obeying special instructions from his superiors", mitigating but not excluding his responsibility. The legal cultural background of the components of the U.S. military commission could explain the sensibility towards fair trial issues[38] and adjudging on statements obtained under duress on one side, and the less severe finding in respect of the - in our view not less outrageous - "directed" sentencing. The other accused sitting as a judge in the Japanese court martial (*Ryuhei Okada*) was found guilty as he "*enjoyed freedom of conscience as to the guilt or innocence of the prisoners*" but "*he adjudged them guilty*". He also was obeying special instructions in voting the death penalty. The single aspects the said defendants were found guilty pertain to the core of "judicial functions" and are evidence of the fact that no "privileged judicial discretion" was recognized in the said case.

Similar charges were brought in the *United States v. Isayama and 7 others* case, tried by a U.S. Military Commission in Shanghai, from the 1st to the 25th July 1946 for permitting and participating in a false trial against fourteen U.S. airmen which were sentenced to death[39]. The highest in rank permitted directed, authorized, according to the charges, an "*illegal unwarranted and unfair trial*" against American prisoners of war. Those defendants acting as judges (*Sogiura* and *Fujikama*) were additionally accused for their "willful failure to perform their duties and failure and neglect to provide a fair trial". The reference to the duties of judges is perhaps the most relevant development since the previous Sawada trial.

The Australian military court in *Rabaul* the 20th – 23rd March 1946, tried Sergeant Major *Shigeru Ohashi* and six other, for the execution of civilians, upon summary trials held under authority delegated to unit commanders to proceed on the spot not convening a court martial[40]. In the given case in which, under exceptional circumstances, soldiers exercised (or rather) invoked judicial functions, the Australian military court considered the fair trial issue to be pivotal.

The Australian military court followed a similar path in the case of the trial of Captain *Eitaro Shinohara* and other two[41], accused as members of a Military Court convened to try two natives of *Kanbanguru* of failing to ensure that such natives were afforded a fair and proper trial. The proceedings including the charges were interpreted and the examination of each accused lasted about one and a half hours. The trial was not public and the accused had no defending officer or advocate.

[38] The aviators were tried without defense counsel and without interpretation of the proceedings into English and were not afforded with the opportunity to defend themselves.

[39] *Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission*, London, 1948, vol. V, p. 1ff.

[40] Case n. 26, Trial of Sergeant-Major Shigeru Ohashi and Six Others, Australian Military Court, Rabaul, 20th – 23rd March, 1946, *Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission,* London, 1948, vol. V, p. 25ff.

[41] Case n. 27, Trial of Captain Eitaro Shinohara and Two Others, Australian Military Court, Rabaul, 30th March -1st April, 1946, Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission, London, 1948, vol. V, p. 32ff.

The vague judicial character of extraordinary summary trials by low ranked lay soldiers, were dealt in a way similar to situations in which executions took place without prior trial, like in the so-called *Sandrock* case[42].

3.2. Case law on courts within civil administration in the occupation regime

In the trial of *Robert Wagner*, *Gauleiter* and Head of the Civil Government of Alsace during the Occupation, and six others, the Permanent Military Tribunal at Strasbourg [43] dealt *inter alia* with charges for the "abuse of legal process resulting in judicial murder". Two of the defendants were vested with prosecutorial functions (*Luger* and *Semar*) and a third one was the former president of the German special court established in Strasbourg (*Huber*). They were specifically charged, together with their accomplices, for premeditated murder as an ordinary offence under the French penal code.

The former judge (*Huber*) was specifically accused of having pronounced objectionable death sentences tried *in absentia*. He was allegedly prone, through the prosecutor, to the orders of Chief of civil administration (*Wagner*) concerning the outcome of the trials. Allegations referred also to "judicial murder" *strictu senso* and to death penalty inflicted in two specific court cases.

The first one was the so-called "*Witz* case" concerning the possession of arms by a youth. In his case the prosecution refrained from asking the death penalty, which was instead "ordered" by the head of the civil administration. The second one is known as the "*Ballersdorf case*"[44]. In the latter case a group of individuals attempting to leave France were tried and convicted to death. Apparently during an adjournment of the trial the judge and the prosecutor met with the head of the civilian administration and soon after 13 out of the 14 defendants were convicted to death and executed by the SS the following day. The trial against the 14th defendant, a mentally insane juvenile, was discontinued and the defendant, as asserted in response to a German inquiry, allegedly died in a concentration camp. Nevertheless, it appeared that he was instead executed together with other accused. Whilst the "*Witz case*" was essentially a matter of "interference in the judicial process resulting in a politically driven decision". The abuse of legal process in the "*Ballersdorf case*" was asserted as a matter of denial of fair trial and violations of the applicable (foreign) procedural law, which happened to be the law of the German occupants.

One of the defendants formerly carrying out prosecutorial functions (*Luger*) was held to have acted upon superior order and although not an absolute defense, acquitted. Perhaps the perceived role of the prosecutor within the French legal system may have influenced to some extent the outcome of the trial. Trial against the other former prosecutor (*Samar*) was split from the others and discontinued as he had fled in the U.S. occupied zone. The claim to have acted on superior orders by the accused formerly discharging judicial functions (*Huber*) was rejected. The Tribunal sentenced *Huber* to death *in absentia* for complicity in the murder of *Witz* and the 13 convicted in

[42] Case n. 3 Trial of Otto Sandrock and Three Others, British military court for the trial of war criminals, held at the courthouse, Almelo, Holland, 24th to 26th November 1945, *Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission*, London, 1948, I, p. 35. Available at: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf.

[43] Case n. 13, Trial of Robert Wagner, Gauleiter and Head of the Civil Government of Alsace during the Occupation, and six others, Permanent Military Tribunal at Strasbourg, 23rd April - 3rd May, 1946, and Court of Appeal, 24th July, 1946, *Law Reports of Trial of War Criminals selected by the United Nations War crimes Commission*, London, 1948, III, p. 23, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-14.pdf.

[44] Prosecution was in respect of a group attempt to leave France and to reach Switzerland, the defendants were able to read the indictment and to communicate with the defense counsel when the trial had already started in flagrant violation of applicable German law, whilst two juveniles were not examined prior to the trial in order to establish if they could be held liable for the offense.

the *Ballersdorf* case. His case was not heard by the Court of appeal approached by other convicted co-defendants.

The Norwegian Court of Appeal (*Lagmannsrett*), vested with first instance jurisdiction and the Supreme court dealt in the case of *Hans Paul Helmuth Latza*[45] and others with the criminal responsibility of the presiding judge and the two assessor judges of a civil drumhead court, *Standgericht* set up on February 8th 1945, in the SIPO (Security Police) Headquarters in Oslo, convened by the German *Reichskommissar* in Norway, *Joseph Terboven*. The *Standgericht* was convened upon the killing on the same day of the Quisling Chief of Police, General *Martinsen*, and sentenced to death four very prominent Norwegians, all of whom were arrested on that day, and another Norwegian belonging to the indigenous police, who had failed to denounce to the German authorities his two brothers-in-law who were involved in certain contemplated acts of sabotage. The sentences were carried out the following morning. After the liberation of Norway *Hans Paul Helmuth* and his then fellow assessors were charged with having committed a war crime in that they through a denial of a fair trial and judging against their better knowledge had unlawfully caused the death of the five above-mentioned Norwegian citizens. *Latza* was found guilty and sentenced to imprisonment for a period of 15 years, whereas the two other accused were acquitted in first instance by the court of appeal. The decision was challenged in front of the Supreme Court, quashed and sent back for retrial to the *Lagmannsrett*. In this second round, all the accused were acquitted and the new appeal to the Supreme Court was rejected. The accused *Latza* was appointed judge in the *S.S. und Polizeigericht* in Prague and went to Norway in May, 1940[46]. His fellow assessor *Reinhold Regis* had graduated in Law and later as a doctor of law served as a Judge in the ordinary German Courts[47]. The fellow assessor *Christian Kehr*, served as a police officer in the rank of a Captain. According to the indictment, "during the trial the accused acted, as judges, against their better knowledge in so far as the minimum demands required by international law for legal proceedings were not met, in that the guilt of the defendants was not adjudged in a fair way, and in that they had not been given that opportunity to defend themselves and submit counter-evidence which is prerequisite for a fair trial … As a result of the accused's acts, death sentences were passed and executed, whereby the accused caused the five persons' death." [48]. They were also charged under Art. 110 of the (Civil) Criminal Code which provided punishment for a judge, member of a jury or a judicial surveyor who in this capacity acts against his better judgment, which provision increases the punishment if, as a result of the offence, a death sentence has been executed[49]. Though not identical with the German *Rechtsbeugung*, the extent of the provision was nonetheless similar, except that it did not entail a "blocking effect", if its material and mental elements were not established, for the prosecution for other offenses resulting from the judgment. The *Lagmannsrett* in its first decision found the *Standgericht* trial to be unlawful as "several rules intended to safeguard the accused had been disregarded ... the trials had been intended to have the effect of reprisals and it must be assumed that the, three accused had opened the trial with the intention of meting out particularly severe punishment for preventative reasons"[50]. In particular, the accused were not given a defense counsel, they had been arrested on the day of the trial and had thus not been able to prepare their defense, the *Standgericht* had accepted as proof evidence (notes) produced indirectly by the prosecutor who had maintained that the witnesses could not be called for safety reasons and the judges had not used their right and duty to adjourn the trial for further evidence.

[45] *Case n. 86, Trial of Hans Paul Helmuth Latza and others*, Eidsivating Lagmannsrett (Court of Appeal) and the Supreme Court of Norway, 18th February, 1947 – 3rd December, 1948, XIV, p. 49ff., https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-14.pdf.
[46] *Case n. 86, Trial of Hans Paul Helmuth Latza and others*, p. 52.
[47] *Justice case*, p. 52.
[48] *Justice case*, p. 50.
[49] *Justice case*, p. 51.
[50] *Justice case*, p. 57.

What is remarkable is that according to the *Lagmannsrett*, at least of the victims "had been sentenced to death on insufficient evidence for acts which, from the point of view of international law, were hardly punishable by death sentence". Providing financial aid to teachers and clergymen who had been unlawfully dismissed by the fascist collaborationist Quisling government, could, according to the decision, not be punished international law "and it was obvious that the German Jew-baiting and the persecution of teachers and clergymen in Norway were at variance with international law and … help to them was lawful"[51]. The *Lagmannsrett* while convicting *Latza* for murder found that "it was not established by the evidence that any of the accused had acted against their better judgment" under Article 110 of the Civil Criminal code.

The Supreme Court following the appeal by the prosecution and by the defendant *Latza* examined *inter alia* the relationship between Article 110 and Art. 233 about murder as *Latza* (in a fashion similar to German law) argued that only the former provision (he was acquitted of) was applicable and excluded latter. The Supreme Court quashed the first instance judgement due to several flaws in the finding. In the subsequent re-trial, the *Lagmannsrett* acquitted all the accused. The Supreme Court in its second decision on the case, sought information about British practice, during the Boer War and that of Allied Authorities in Germany in their respective occupation zones in Germany. In the final rejection of the appeal by the Supreme Court, the idea of a judicial discretion and appreciation exercised by the accused emerges in respect of the concept of fair trial and its alleged violation if front of the *Standgericht*. In the notes on the case it is observed that the "procedure might have been considered to be sufficient by the judges of the *Standgericht*", and the rapporteur, Judge Berger "did not feel entitled to say that the *Standgericht* had made an illegal use of their discretionary powers"[52].

3.3. The "Justice case"

In the so-called "Justice case", *United States v. Altstötter*, one of the descending Nuremberg trials, decided the 4 of December 1947[53], certain German jurists were charged with conspiracy, war crimes, crimes against humanity and participation in a criminal association, for having enacted and enforced draconian laws, perverted the German judicial system and interfered with judicial activity.

The case is perhaps one of the best known of the twelve so called "descending cases" and was also the subject of a 1961 Hollywood courtroom drama by Stanley Cramer "Judgment at Nuremberg", with a stellar cast (*Spencer Tracy, Burt Lancaster, Richard Widmark, Maximilian Schell)* starring characters inspired by the case of *Oswald Rothaug*[54].

Apart from having inspired the movie, the decision, originally considered for translation in German and integral publications, had to await 1969 to be disclosed in its entirety in the German Democratic Republic (GDR) and the "green series" volume published by the U.S. contained only a selected part of the judgment. On the other side, the Nuremberg Military Tribunals contribution to international criminal laws were awaiting for many years a systematic analysis[55]. It is accordingly no surprise that the "Justice case" was the subject of often fragmented and also distorted comments, to include *Gustav Radbruch*'s 1948 short essay[56].

---

[51] *Justice case*, p. 57.

[52] *Case n. 86, Trial of Hans Paul Helmuth Latza and others*, p. 84.

[53] *Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10*, Vol. III, "The Justice case", United States Government Printing Office, Washington 1951.

[54] *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 319.

[55] KEVIN J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, Oxford University Press, 2011, p. 124. The A. compares the said standard with the standard of the IMT.

[56] G. RADBRUCH, *Das Reichsjustizministerium Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristen Prozess,* in *Süddeutsche Juristen-Zeitung,* 1948, p. 57ff.

Some of the defendants in charge of ministerial functions were responsible for the reviewing of court decisions and had in certain cases the power to order a retrial (so called "nullity plea" and "extraordinary objection") and, in specific circumstances, were responsible for the "confirmation" of sentences.

Apart from those accused holding high-level positions in the German Ministry of justice, eight of them had at least for part of their career after 1933, discharged prosecutorial and judicial functions. In detail, *Bernickel* and *Lautz* were respectively senior and chief prosecutor at the People's court (*Volksgerichtshof*). The former was acquitted, the latter sentenced to 10 years imprisonment. *Nebelung* and *Petersen*, both acquitted, were respectively chief justice at the fourth senate and lay judge in the first and in the special senate of the People's court. *Oeschey*, sentenced to lifetime imprisonment was judge and the Chief justice at the Special court (*Sondergerichtshof*) in Nurnberg, whilst his predecessor in the position, the already mentioned *Rothaug*, equally sentenced to imprisonment for lifetime, had subsequently discharged the duties of senior public prosecutor at the People's court. Finally, *Joel*, chief public prosecutor at Hamm was sentenced to 10 years imprisonment and *Cuhorst*, acquitted due to the destruction upon an allied air raid of the archives of the Special court in Stuttgart, was chief justice at the said court.

Accordingly, out of eight former judges and prosecutors, four were acquitted (*Bernickel, Nebelung, Petersen, Cuhorst*) and four were convicted (*Lautz, Oeschey, Rothaug* and *Joel*). The convictions included three out of the four original charges and specifically war crimes (Count two: *Lautz* and *Joel*), crimes against humanity (Count three: *Lautz*, *Oeschey*, *Rothaug* and *Joel*) and membership in criminal organizations (Count four: *Oeschey* and *Joel*).

In the opening statement, the prosecution observed that: the "trials" they conducted became horrible farces, with vestigial remnants of legal procedure, which only served to mock the hapless victims. This conduct was dishonor to their profession but the defendants are not now called to account for violating constitutional guaranties or withholding due process of law. On the contrary, the defendants are accused of participating in and being responsible for the killings, tortures, and other atrocities that resulted from - and which the defendants knew were the inevitable consequences of the conduct of their offices as judges, prosecutors and ministry officials"[57].

While focusing solely on those accused having discharged strictly prosecutorial and judicial functions it is interesting to verify what criteria the NMT applied and what the "criminal markers" were, making out of judicial functions discharged mainly in compliance with NS laws conduct punishable under international law. The NMT noted situations in which laws were applied by analogy or charges framed with malice to justify a death sentence. As to NS laws, the NMT draw a demarcation line drawn "accepting" somehow the application of NS laws about habitual offenders, war depredation, offences against the war-economy, undermining war efforts[58], and treason (including remarks against the regime or the party), but punished the application of treason laws against foreign citizens, racist laws and the application of *Nacht und Nebel* orders aimed at getting rid of political opponents[59].

---

[57] *See* STEPHEN J. SFEKAS, *A Court Pure and Unsullied: Justice in the Justice Trial at Nuremberg*, in *University of Baltimore Law Review*, Vol. 46 (2017), n. 3, p. 482, http://scholarworks.law.ubalt.edu/ublr/vol46/iss3/4?utm_source=scholarworks.law.ubalt.edu%2Fublr%2Fvol46%2Fiss3%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

[58] In the part of the judgment dealing with defendant *Oeschey*, the Tribunal, *Justice case*, cit., p. 1165 observed: «*We have already indicated that we will not convict any defendant merely because of the fact, without more, that he participated in the passing or enforcement of laws for the punishment of habitual criminals, looters, hoarders, or those guilty of undermining the defensive strength of the nation, but we also stated that these laws were in many instances applied in an arbitrary and brutal manner shocking to the conscience of mankind and punishable here*».

[59] *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* Berlin, 2018, p. 322.

It must also be observed that in the *Altstötter* and others case, the NMT did not consider any specific judgment as a "charge", but rather as evidence of the guilt of the accused having concurred to it although certain decisions were specifically examined in the proceeding.

According to the tribunal defendant *Lautz*, former chief prosecutor at the People's court (*Volksgerichtshof*) retained specific responsibility for the prosecution of offenses as "undermining German war efforts" or its defensive strength, high treason and treason and attempted escape from the territory of the Reich[60]. The opinion of the NMT also considered *Volksgerichtshof* cases involving Poles attempting to escape from the territory of the Reich. In one of such cases, the so-called "*Ledwon* case", a Pole was tried on the 10th of August 1942 for having tried to detach from the territory of the Reich into Switzerland and struck a customs officer attempting to stop him. The indictment asserts he was attempting to join the "Polish legion" in Switzerland. The NMT observed that the defendant permitted the charge of "high treason" which was ridiculous in the circumstance. The NMT further affirmed the above case to represents a "sinister subtlety of the Nazi procedure"[61], consisting in the framing of the charges, by adding the accused of high treason, in order to assert the jurisdiction of the People's court, otherwise non competent to trial the victim under the sole law against Poles and Jews. The victim - *Ledwon* - was sentenced to death by the *Volksgerichtshof*. The NMT held that this and other similar cases were based on what appears to be a "prosecutorial scheme" in order to add through the "polish legion element" a shadow of high treason on ordinary attempts to leave the territory of the Reich[62]. Accordingly, the former chief prosecutor made himself guilty of "participating in the national program of racial extermination of Poles by means of the perversion of the law of high treason"[63]. The parts of the opinion concerning the accused *Lautz* also refer to the call for the application by analogy of § 91 of the German penal code and the provision of high treason against the Reich in a situations in which a Polish national had, before the war, exposed a "racial German" (not a "German national" at the time of the conduct) to a serious detriment[64].

Specific circumstances of judicial misconduct are listed in the parts of opinion related to the accused *Rothaug* as the presiding judge of the Special court in Nurnberg. In respect of the said defendant, the NMT noted that the artifice of "punishment by analogy" … was as tyrannical in practice as it seems in theory. References were made to the "*Durka and Struss*" case in which two Polish girls aged 17 were expeditiously tried for having allegedly started a fire and sentenced to death under the ordinance against Poles and Jews[65]. The military tribunal held that the defendant could not have established the facts from available evidence[66] and further that as the age of the two girls were not disputed, they would have come under the German Juvenile Act and would not

[60] *Justice case*, p. 1120.

[61] *Justice case*, p. 1123.

[62] *Justice case*, *See* the declarations by witness *Brem*, in Pros. Ex. 79.

[63] In two further similar case quoted in the opinion of the Tribunal, three Poles were sentenced to death and the opinion of the People's court and the indictment were included as exhibit for the prosecution (Respectively Pros. Ex. 129 and 136) and also the so called "*Kalicki* case" tried on indictment although non personally signed by the former Chief prosecutor *Lautz*, led the application of death penalty. Another accused, *Rothenberger* decided not to exercise the right of pardon in the last case (*Justice case*, p. 1124). In all this cases the equally unsubstantiated intent of the victims to join the Polish legion in Switzerland was the key for a trial by the People's court and a charge for treason.

[64] Justice case p. 1125. Prosecution exhibit n. 347 was represented by a letter of the accused *Lautz* quoting preliminary proceedings which had come to his hands include proceeding "11J 8/42 g vs. *Golek*". In the said proceeding, "the defendant, a former Polish national, of the Polish ethnic group, in the years of 1938 and 1939 in Poland handed over to the Polish authorities his friend, the ethnic German *Leo Hardt*, of Polish nationality, by accusing him wrongly of treason in favor of the Reich and by concealing in the latter's house a Polish army regulation book for the purpose of incriminating him. As a result of this action of *Golek*, *Hardt* was condemned to 6 years of imprisonment for espionage in favor of Germany".

[65] On the case, *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 98.

[66] Justice case, p. 1147.

have been subject to trial before a Special Court or to capital punishment[67]. The first remark pertains to core of judicial discretion in judicial fact finding, but under circumstances in which there was no real intent to establish the truth of the facts.

The opinion also quoted the *Lopata* case in which a Polish farmhand[68] was sentenced on 29th of October 1942 to death under the ordinance against Poles and Jews by the Special courts for having made indecent advances to the wife of his employer. The special courts get involved following a nullity plea filed before the Reich's supreme court[69] for the quashing of the first conviction to imprisonment by the district court[70]. The tribunal stigmatized strongly the alleged violation of the "fundamental principles of justice that no man should be tried twice for the same offence" and the remark seems to be slightly out of focus[71]. Despite the general character of what was perceived as a violation of double jeopardy, the infamous nature of the review mechanisms emerges from its discriminatory use against non-German accused[72] and the anomalous "secret hearings" held by the Reich's Supreme Court.

The enforcement of discriminatory laws has also been asserted by the tribunal in respect of the *Kaminska* and *Wdowen* case, dealt as presiding judge by the accused *Oeshey*. The same accused, presiding a civil court martial, was also responsible in the "*Count Montgelas* case" in which a German citizen was charged, trialed and sentenced to death for his insulting remarks against Hitler[73]. In this appalling case, the defense counsel was notified of the trial after the accused was already convicted and shot. The tribunal observed that the prosecution for remarks hostile to the Nazi regime might not constitute *per se* a violation of Control Council Law n. 10[74]. Nevertheless, the circumstances of the case and the manner in which the victim was brought to trial and tried and the fact that the trial was a "vengeful act of political persecution", brought the case under the mentioned Control Council Law.

A particularly notorious case was that of *Lehmann Katzenberger*, former chairman of the Nuremberg Jewish congregation[75]. *Katzenberger* was indicted before the Nuremberg district court for so-called "racial pollution" having been accused of a sexual relation with one *Irene Seiler*, an Aryan woman. The case was initially dealt by the ordinary criminal divisional court. As it was not possible to secure the necessary conclusive evidence, *Katzenberger* and *Seiler* were remanded to the Nuremberg Special Court[76]. He was tried as a "public enemy", sentenced to death, and executed.

---

[67] In our view the Tribunal's intent was to stigmatize the violations of all rules, to include those established under German law. The issue of juveniles doesn't seem to have been specifically addressed in the prosecution of German judges and prosecutors as, also allied courts prosecuted juveniles without specific safeguards like in the trials of *Oenning* and *Nix* by a British Military Court in *Borken*, Germany, where the 22 of December 1945 the 15 years old *Emil Nix* was sentenced to death for having killed a British airmen.

[68] Justice case p. 1147, Pros. Ex. 186.

[69] Proceeding I StS 26/42 dated 14 July 1942, holding the decision by the local court defective in law.

[70] Dated 6 May 1942.

[71] The remark perhaps is the very reason for a long time misunderstanding about the alleged acceptance by "international courts" of the double jeopardy principle. The remarks were referred to a national procedure and strictly it was not a matter of double jeopardy (charges were unfortunately different) and conviction was not definitive. The prosecution referred to the same case by observing that "the protection against double jeopardy, keystone of criminal procedure the world over, was abrogated and used for the murder of civilians of occupied countries" *Justice case* p. 87.

[72] According to the Prosecution, *Justice case*, p. 88, "in reliance upon the decrees "legalizing" nullification and re-trial of criminal cases at the prosecution's behest, defendants were deprived of any assurance that a sentence of less than death was their final fate. Ministry of Justice officials, working through the prosecution, joined in this infliction of double jeopardy".

[73] *Justice case*, p. 1163.

[74] *Justice case*, p. 1164, where it reads: "If the provisions of C. C. Law 10 do not cover this case, we do not know what kind of political persecution it would cover".

[75] *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 95.

[76] The decision in this case was listed as Pros. Ex 152.

Seiler was indicted for perjury and convicted[77]. Prior to the trial *Rothaug* as a judge stated to the medical expert in the case that the *Katzenberger* "would be beheaded anyhow". He further "tried with all his powers to encourage the witnesses to make incriminating statements against the defendants". The prosecutor was told by the Presiding judge that he expected the prosecution to ask for a death sentence and a term in the penitentiary for the co-defendant. The opinion of the Special court explained the consideration which guided the decision and referred to a "grave attack on the purity of German blood". The tribunal affirmed to have "gone to some extent into the evidence of this case to show the nature of the proceedings and the animus" of the defendant *Rothaug* which was the presiding judge, and hold that the case was an "act of furtherance of the Nazi program to prosecute and exterminate Jews"[78] and further that the "said trials lacked the essential elements of legality" and "in spite of legal sophistries which [were] employed [the special court] was merely an instrument in the program of the leaders of the Nazi State".

Among different arguments raised by the defense of the accused vested with judicial functions, there was the "immunity" claim[79]. The defense was specifically raised by the Counsel for *Rothaug*[80]. On the point the Tribunal held that: "In view of the conclusive proof of the sinister influences which were in constant interplay between Hitler, his ministers, the Ministry of Justice, the Party, the Gestapo, and the courts, we see no merit in the suggestion that Nazi judges are entitled to the benefit of the Anglo-American doctrine of judicial immunity"[81]. The Tribunal further stated that the "doctrine that judges are not personally liable for their judicial actions is based on the concept of an independent judiciary administering impartial justice. Furthermore, it has never prevented the prosecution of a judge for malfeasance in office"[82]. The relationship with "other" immunity claims in the NMT trials has not depended[83]. The remark by the Tribunal is noteworthy in that it seems to admit the possibility to apply judicial immunity to foreign judges administering impartial justice, although the reliance on the Anglo-American doctrine was apparently due to the domestic procedural law of the occupants supporting the application of Control Council Law n. 10.

Domestic law was expressly excluded as a defense under article 6 *c* of the Nuremberg Charter – in respect of crimes against humanity - which could be punished whether or not in violation of domestic law of the Country where perpetrated and a similar provision was contained in CCL n. 10, article II(1)(c). The prosecution introduced as evidence the draconic NS laws and framed situations determining the imposition of death penalty into seven main categories. In respect of the first four categories – to include cases against habitual criminals, looting, crimes against war economy and crimes undermining the defensive strength of the Nation - the tribunal held[84] that it

[77] *Justice case* p. 1152.

[78] *Justice case* Pros. Ex. 153. Interestingly the two German associate judges sitting with the accused *Rothaug* in the Special court in the *Katzenberger case* were not subsequently prosecuted by German authorities. The prosecution office in Nurnberg decided on 18 July 1961 not to drop any charge against *Ferber* and *Hofman*. After several attempt by the Ministry of justice of the Land Bayern, the finally the district court sentenced both accused to a term of imprisonment of two years for manslaughter under mitigating circumstance, asserting a sexual relationship between *Katzenberger* and *Sailer* as possible and without acknowledging anti-Semitic motives. The conviction was quashed by the *Bundesgerichtshof*, decision of 21.07.1970, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, c. 571. Once sent back to the district court, the *Landgericht*, the proceeding was delayed several times, until it was definitely stayed in 1976 due to the incapacity of the accused to attend trial. *See,* H. KRAMER: *Richter vor Gericht.* In: *Nationalsozialistische Sondergerichtsbarkeit*, Vol. 15, *Schriftenreihe Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen*. 2007, p. 137ff.

[79] *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 208.

[80] *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 208.

[81] *Justice case*, cit. p. 1023.

[82] *Justice case*, cit. p. 1023.

[83] On the question, *See* KEVIN J. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Law*, cit, p. 297.

[84] *Justice case*, p. 1025.

was "keenly aware of the danger of incorporating in the judgment as law its own moral convictions, or even those of the Anglo-American legal world … This [it would] not do …[it] may and do condemn the Draconic laws and express abhorrence at the limitations imposed by the Nazi regime upon freedom of speech and action, but the question still remains unanswered: Do those Draconic laws or the decisions rendered under them constitute war crimes or crimes against humanity?". The answer to the question the Tribunal gave was clearly in the negative for the first two categories, as "many civilized States" and "America" consider "life imprisonment for habitual criminals a salutary practice even in peace time and every nation" recognized the need for a more stringent criminal enforcement in times of great emergency. The same considerations were to apply, according to the Tribunal, even if to a lesser degree to crimes against the war economy. The fourth category - crimes undermining war efforts to include "criticism" - according to the tribunal posed "questions of far greater difficulty" as "even under the protection of the Constitution of the United States a citizen is not wholly free to attack the Government or to interfere with its military aims in time of war and further that in the face of a real and present danger, freedom of speech may be somewhat restricted even in America".

While recalling that "Germany was waging a criminal war of aggression" which "colors all of these acts with the dye of criminality", the tribunal held nonetheless that the accused were not charged with crimes against the peace. The Tribunal further considered that should it "adopt the view that by reason of the fact that the war was. a criminal war of aggression every act which would have been legal in a defensive war was illegal in this one, we would be forced to the conclusion that every soldier who marched under orders into occupied territory or who fought in the homeland was a criminal and a murderer" and concluded "that the domestic laws and judgments in Germany which limited free speech in the emergency of war cannot be condemned as crimes against humanity merely by invoking the doctrine of aggressive war" solely without more because such laws were passed and enforced[85]. The enforcement of laws against criticism was specifically mentioned in the opinion in respect of the accused *Oeshey* (*Count Montgelas* case) and *Lautz* (unquoted case). Treason cases posed difficult questions in relation to the occupied territories and although the tribunal held that hostile activities could have been repressed by the German occupants, the prosecution of Poles attempting to detach from the territory of the *Reich* represented an unwarranted extension of the concept of high treason which constituted a war crime and a crime against humanity[86]. The wrong in such cases was not merely the misnaming of the offence of attempting to escape from the Reich but rather the act of "falsely naming" a minor offence and thereby invoking the death penalty for a minor offence. Finally Laws and their enforcement against Jews and Poles and well as *Nacht und Nebel* justice clearly represented a war crime and a crime against humanity resulting in ill-treatment, torture and murder of thousands of victims.

If the premise of the tribunal was not to incorporate its moral convictions in the judgment, the result in screening what category of draconic judicial proceeding meets *prima facie* the definition of a crime against humanity and/or a war crime, shows a significant reliance on U.S. national practice as a term of comparison. If the enforcement of the relevant laws didn't constitute a crime against humanity or a war crime, the exclusion of domestic law defense was not to apply. In the treason cases, nevertheless the focus was on the criminal character prosecutorial schemes

[85]*Justice case*, p. 1026.

[86]*Justice case*, p. 1027. The Tribunal quotes the case of a defendant who said to a woman: "*Don't you know that a woman who takes on work sends another German soldier to death*? you know that a woman who above mentioned category the Tribunal didn't consider *per se* and without more criminal. In the circumstance the Tribunal pointed out that the office of the Chief Prosecutor was vested with vast discretion in connection with the assignment of cases and that if the case was sent for trial to the People's court, instead of to an ordinary court, death penalty became mandatory for an offence otherwise punishable with moderate imprisonment. Accordingly "*the fate of the victims depended merely on the opinion of the prosecutor as to the seriousness of the words spoken*" and arbitrary prosecutorial choices had direct influence on the sentencing.

adopted rather than on the mere enforcement of German laws. As in the case law mentioned in the foregoing subparagraphs, foreign procedural laws applied in the incriminated proceedings were to some extent taken into consideration – it is given to know if as a matter of fact or as matter of law. Interestingly, the part of the judgment pertaining to the conviction of *Oeschey* mentions[87] an "official investigation of the defendant … and prosecutor *Schröder* for perversion of justice (*Rechtsbeugung*), conducted in August 1946, before German judicial authorities"[88].

3.4. The "Jurists' case" reloaded: Chilean investigation into Israeli justices

In 2016 a lawsuit was brought in Chile against three justices on the Israeli Supreme Court, sued for having voted in favor of authorizing the construction of Israel's wall around the West Bank, which the International Court of Justice found illegal in 2004[89]. The lawsuit was submitted by Palestinians from *Beit Jala*, near Bethlehem, some of them Chilean citizens. The lawsuit largely built on precedent of NMT "jurists' case" and alleged war crimes and crimes against humanity and, apparently, receives support from local lawmakers[90].

The lawsuit alleged that the judges, former chief Justice *Asher Grunis*, and Justices *Neal Hendel* and *Uzi Vogelman*, should be convicted for their role in cooperating with such crimes. The three judges upon a petition lodged by *Beit Jala* residents, rejected on 2 April 2015, an alternative route for the barrier fence suggested by the Council for Peace and Security, an Israeli group of retired military experts. According to the judges, the alternative route – which did not cut off the villagers from their lands – failed to fulfill the wall's security role in the way the Defense Ministry's route did[91]. The decision to prosecute judges was based on the precedent set by the Nuremberg trials, which permitted judges to be convicted for their role in cooperating with crimes against humanity and war crimes[92].

The Chilean *Juez de Garantia* declared December 1, 2016, the lawsuit inadmissible as it is not permitted to national judge to "rule on jurisdictional decisions issued by foreign courts of Justice that have acted in use of their attributions and functions of the position granted by their domestic legal system. This in accordance with the principle of legality established in article 7 of the Political Constitution of the Chilean State reading that "no magistracy, no person or group of persons may be attributed, not even under the pretext of extraordinary circumstances, another authority or rights than those expressly conferred by virtue of the constitution or the laws"[93]. According to the aforementioned constitutional principle, "article 7 of the Organic Code of Courts verbatim indicates

---

[87] *Justice case*, cit. p. 1163.

[88] The proceeding led to a decision of the *Landgericht Nürnberg* is unpublished and substantial parts are reproduced and commented by A. HOEPPEL, *NS-Justiz und Rechtsbeugung. Die Strafrechtlich Ahndung deutscher Justizverbrechen nach 1945*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, p. 273ff.

[89] A. FARONE, *Three Israel high court justices face war crimes suit*, *Jurist*, November 30, 2016, available at: https://www.jurist.org/news/2016/11/three-israel-high-court-justices-face-war-crime-suit/.

[90] A. HASS, *Top Israeli Justices Face War Crimes Suit in Chile for Authorizing West Bank Wall*, *Haaretz*, November 29, 2016, https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-top-israeli-justices-face-war-crimes-suit-in-chile-for-authorizin g-west-bank-wall-1.5467435.

[91] *Justice case*, cit.

[92] *Justice case,* cit.

[93] Case 4471-2016 RUC 1610044028. The relevant phrasing in decision in Spanish reads as follows: "*Que resulta improcedente para un juez nacional pronunciarse sobre decisiones jurisdiccionales emitidas por Tribunales de Justicia extranjeros que han actuado en uso de sus atribuciones y funciones propias del cargo otorgadas por su ordenamiento jurídico interno, ello por cuanto de acuerdo al principio de legalidad establecido en el artículo 7 de la Constitución Política del Estado "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la constitución o las leyes*".

that the courts may only exercise their power in business and within the territory that the law has respectively assigned to them". The decision was appealed and the appeal apparently withdrawn.

What is striking in the extremely short reasoning, once cleaned up from the (irrelevant) considerations to the International Criminal Court (ICC) Statute and Israel not being a party, is its ambiguity as to the source of law preventing a judge from ruling on a jurisdictional decision issued by foreign judge. While the phrasing is reminiscent of a generic recognition of judicial privilege under international law, the reference to a domestic statute generally limiting extraterritorial jurisdiction apparently vacates the relevance of the finding under international law.

4. Discussion: jurisdiction over foreign judges and prosecutors in relation to their judicial activity under general principles

The prohibition to interfere with another State's internal affairs defines in general terms, the external boundaries of the exercise of extraterritorial jurisdiction in respect of "official acts" adopted in another State. Judicial activity is essentially territorial, as judges sit and adjudicate mostly within the territory of their State (event if the effects of their activity and decisions may well cross State borders) and extraterritorial activity is only exceptionally allowed based upon consent of the territorial State (e.g. in case of judicial cooperation when a foreign court is authorized to operate on such territory under *status of forces agreements or* special arrangements for the holding of a trial abroad or when evidence is taken abroad or joint investigations team are set up).

Accordingly, judicial activity may be a candidate for privileged applications of the prohibition of foreign interference, to include judicial proceedings. The international practice mentioned in the previous paragraph, shows that most significant cases were judged "territorially" under military occupation regime or at the end of such occupation by the State previously occupied. Even the more recent case in the *Affaire Borrel*, whereas the conduct took place in a third State, jurisdiction was asserted based upon the territoriality principle.

Under principles applicable to functional immunity of officials of a foreign State, or immunity "*ratione materiae*", perhaps conduct taking place while exercising judicial functions is intrinsically less probable to be regarded as *ultra vires*. Court practice in respect of "judicial immunity" - in the sense of immunity recognized "to judges" and not "from judicial proceedings" - distinguishes at this purpose decisions "in excess of jurisdiction" and decision "in the absence of jurisdiction" whereas a much more generous view expressed in respect of superior courts taking into account also implied powers often recognized to such courts. Criminal and civil procedures acknowledge mostly the existence of certain procedural pathologies, which deprive certain acts of their attitude as judicial acts and which are beyond codified irregularities and nullity. Restrictive approaches distinguish acts and judgments in excess of jurisdiction from those and without jurisdiction. Nevertheless, it doesn't seem that in functional immunity should be metered on categories of procedural pathologies, to include the voidness theory, which are far from being uniformly expressed in different legal systems and further a response to the excessive rigidity of those systems (and only those) in which the *res iudicata* and the definitive character of judgments bar otherwise subsequent claims based upon the nullity of the decision. Under those theories restricting functional immunity to internationally lawful activities, judicial activity could eventually benefit, to some extent, by a presumption of legitimacy.

From a different perspective, if the very purpose of functional immunity of foreign State officials reflects the respect for the concerned State's internal or constitutional organization, then judicial activity is perhaps the most organized and "structured" official activity within each State. Nevertheless in the *Djibouti v. France* case decided by the International Court of Justice[94] the functional immunity claim for the State official vested with prosecutorial function was not

[94] *Certain questions of mutual assistance in criminal matters* (Djibouti v. France), cit.

distinguished from that of other official discharging its functions and no special circumstances were argued by the applicant State.

The ongoing State practice about functional immunity of foreign State officials and immunity *ratione materiae* is on itself far from being unequivocal. In the case of recent *Enrica Lexie* arbitration, the arbitral tribunal recalled as an "uncontroversial premise" that acts of State officials performed in an official capacity are subject to immunity[95]. Nevertheless the same principle is on a daily basis denied in the State practice as demonstrated by the significant growth of criminal proceedings against foreign public officials for corrupt practices, cyber-hacking. Perhaps State cyber-hacking could be repressed under the "territoriality" exception to functional immunity in the effects of the accessed or hacked systems being within the territory of a State.

Corrupt practices by foreign officials may not, as such be covered by functional immunity as extraneous to the exercise of public functions. Interestingly, while so called "bribe takers" are often beyond the jurisdiction of many States under their domestic law (and the statutory focus is in "bribe givers"), limitations have been overcome by targeting the taker as "giver" in respect of fellow colleagues or targeting the laundering of the bribe as proceeds of crime, or the fraudulent character of electronic means employed and based on the location of servers, linking to the territory. The extent of such an "outreach" of extraterritorial jurisdiction is currently as wide as allowed under links currently "territorializing" money laundering as the current shape of international payment systems may link most situations to the U.S. due to the use by banking institutions of the U.S. "corresponding accounts" or "Clearing House Interbank Payments System" (CHIPS) to transfer funds and settles transactions in U.S. dollars. Such jurisdictional links are been exploited for several years[96].

4.1. Judicial activities and international comity

International comity identify, in the domestic systems, legally non-binding international practices based upon the principle of reciprocity according to which States act in a way not demeaning foreign States, acts and decisions, has nowadays a great importance in orienting court practice when foreign judicial decisions and judgments are at issue. Reference to international comity has been made for purpose of this paper, to the extent that despite emphasis on the non-binding nature of the practice, the "doctrine of international comity" has become an international law canon applied mainly by U.S. Courts in respect of transnational cases[97], encouraging deference towards foreign laws and decisions[98]. Accordingly, there were no reasons to refer to international

[95] PCA, *The Enrica Lexie Incident* (Italy v. India), case n. 2015-28, judgment, 21 May 2020, p. 204, quoting (fn. 1528), International Law Commission, *Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, provisionally adopted by the International Law Commission, in U.N. Doc. A/71/10, p. 353, Draft Articles 5 reading "State officials acting as such enjoy immunity *ratione materiae* from the exercise of foreign criminal jurisdiction" and 6, paragraph 1, "State officials enjoy immunity *ratione materiae* only with respect to acts performed in an official capacity".

[96] On the reliance of the use of "corresponding accounts" to root jurisdiction, *See inter alia* U.S. District Court Southern District of Texas, *United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, Case 4:10-cr-00460 Document Filed 07/07/10, in respect of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) offenses; U.S. District Court Southern District of New York, *United States v. Türkiye Halk Bankasi A.S. ("Halkbank")*, Case 1:15-cr-00867-RMB Document 581 Filed 12/05/19 in respect of charges for Conspiracy to Defraud the United States in violation of 18 U.S.C. § 371; In U.S. Supreme Court, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, No. 16-499, 584 U.S. (2018), the use of Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) was only alleged connections to the United States under the Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350).

[97] At this purpose, See J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies: And Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, Volume 1, 1883, p. ,122, recently quoted by D.E. CHILDRESS, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, *UC Davis Law Review*, 2010, p. 11ff.

[98] In the subject matter of *subpoenas* and foreign blocking statutes and decisions, *See* the U.S. Supreme Court's decision in *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. Dist. Ct. for the Southern Dist. of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).

comity within general principles except for the fact that it is under the said practice that a special gradient of deference towards foreign judicial activity is shown.

As stated in an ancient English opinion, recalled in respect of comity, natural laws (intending the law of Nations) required the "courts of this country to give credit to those of another for the inclination and power to do justice, but not if that presumption is proved to be ill founded in that transaction which is the subject of it"[99]. Under the same doctrine a distinction has been driven, between a suit on a foreign judgment in favor of the plaintiff against the defendant, and a suit to recover money which the plaintiff had been compelled to pay under a judgment abroad[100].

It can also be argued that application of what has been distinguished from international comity as "comity of courts" has a center-weight in the subject matter of recognition and reciprocal delimitation of jurisdiction *vis à vis* the jurisdiction of another State and that foreign judicial proceedings deserve…more comity than foreign executive activities. Accordingly patterns for international comity are sometimes expressed in reference to the status of the State in whose *forum* a claim is brought with reference to the duties of a "Responsible participant in an international system of justice"[101].

International comity is mainly invoked in civil matters and despite some recent attempt to exploit its implications in respect of foreign amnesty laws[102], doesn't per se represent a bar to the exercise of criminal jurisdiction in respect of conduct related with foreign judicial activity if such jurisdiction is established in statutes.

4.2. A "judges exception" under international rules against corruption?

International corruption is since the mid '90s of the last century a matter of major international concern, as an impediment to economic development, and judicial corruption represented a threat to the establishment of the rule of law and the weakening of safeguards against Human rights violations.

The so-called "business clause" in the definition of what active and passive corruption may suggest that the provisions of certain Conventions do not cover "judicial corruption", creating some kind of "sanctuary" those vested with judicial activity could benefit from.

The OECD *Convention on combating bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*[103], addresses - as made explicit by its title - solely corruption in order to obtain or retain business (art. 1). Similarly, the *United Nations Convention against corruption*, (UNCAC)[104], defines active corruption as intended "to obtain or retain business or other undue advantage in relations to the conduct of business" despite the fact that the definition of public officials include

[99] Lord Chancellor Eldon in *Wright v. Simpson* (1802), 6 Ves Jun 714, quoted in U.S. Supreme Court, *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at 157.

[100] Lord Ellenborough, in *Tarleton v. Tarleton* (1815), stating that: "*I thought that I did not sit at* nisi prius *to try a writ of error in this case upon the proceedings in the court abroad. The defendant had notice of the proceedings, and should have appeared and made his defense. The plaintiff, by this neglect, has been obliged to pay the money in order to avoid a sequestration*".

[101] At this purpose, *See,* U.S. Court of Appeal for the second Circuit, *Chevron v. Naranjo*, 11-1050L, asserting that a district court cannot issue an injunction that preserves its ability to determine whether a foreign judgment was procured through alleged fraud by U.S. lawyers, whose conduct occurred, at least in part, in this country following the dismissal of an earlier U.S. lawsuit.

[102] C. BROECKER, *The Clash of Obligations: Exercising Extraterritorial Jurisdiction in Conformance with Transitional Justice*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2009, p. 435ff.

[103] Adopted by the Organization for Economic Cooperation and Development (*OECD*) Negotiating Conference on 21 November 1997.

[104] United Nations Convention against Corruption, (adopted 31 October 2003, entered into force, 14 December 2005), 2349 UNTS 41 (UNCAC).

holders of a judicial office[105]. The Council of Europe's "Code of conduct for public officials" does not apply (art. 1, paragraph 4) to "*representatives, members of the government and holders of judicial office*"; the exclusion may nevertheless be explained taking into account the fact that judicial duties are not easily comparable with general duties of public officials.

Cautions in jurisdictional matters expressed by the UNCAC include the duty of States to carry out their obligations under the Convention by respecting the "principle of sovereign equality and territorial integrity of States" (art. 4, paragraph 1). A similar obligation can be found in the UNTOC[106], referring expressively to the "principle of non-intervention in domestic affairs of another State". The International Court of justice (ICJ) in its decision on the Preliminary Objections in the *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v France)[107] addressed recently the question of the interpretation if the above provision. According to the Court, "in its ordinary meaning, Article 4[.1] does not impose, through its reference to sovereign equality, an obligation on States parties to act in a manner consistent with the many rules of international law which protect sovereignty in general, as well as all the qualifications to those rules"[108]. Further, the provision is to be read in context with its second paragraph (not referring to customary international law), in light of the object and purpose of the Convention (which is to promote international cooperation to prevent and fight transnational crime)[109] and does not incorporate the customary international rules relating to immunities of States and State officials. At the opposite, the robust dissenting opinion by vice-President *Xue*, Judges *Sebutinde* and *Robinson* and Judge *ad hoc Kateka*, considered the "rules of foreign State immunity are not left outside the Convention; they remain applicable … and therefore, cases of corruption by high-ranking officials of foreign States will be governed by the customary rules of foreign State immunity derived from the principle of sovereign equality of States under art. 4[110].

4.3. Judicial independence immunity beyond its constitutional purpose

In each legal system there is at least the possibility to prosecute judges and prosecutors for criminal offences, eventually subject to special safeguards. Constitutional requirements may vary from none to special leave to lift eventual judicial immunity by the executive, judicial councils or higher jurisdictions, to a reserve of jurisdiction in favor of higher jurisdictions and/or special judicial bodies. The implications under international law remain unclear.

International principles on judicial independence have been developed on the consideration that an independent judiciary is an effective safeguard against human rights violations. The principle

---

[105] UNCAC, art. 2, lett. b, Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, art. 1, lett. a, b; OECD *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, art. 1, paragraph 4, lett. a.

[106] United Nations Convention against Transnational Organized Crime, (adopted 15 November 2000, entered into force 29 September 2003) 2225 UNTS 209 (UNTOC).

[107] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Preliminary objections) [2018] <https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf>. On the decision, *See* CAITLIN BEHLES, *International Court of Justice Rules Case of Equatorial Guinea v. France May Partially Move Forward (June 6, 2018)*, *International Law in Brief*, <https://www.asil.org/ILIB/international-court-justice-rules-case-equatorial-guinea-v-france-may-partially-move-forward>; ANNA MEIJKNECHT, *Hague Case Law: Latest Developments*, 14 August 2018, <https://link.springer.com/article/10.1007/s40802-018-0109-6>; EUGENIO CARLI, *The Concept of Abuse of Process in the Immunities Case between Equatorial Guinea and France before the ICJ*, <https://internationallaw.blog/2018/07/09/the-concept-of-abuse-of-process-in-the-immunities-case-between-equatorial-guinea-and-france-before-the-icj/>.

[108] Ibid [93].

[109] Ibid [95-96].

[110] *Immunities and criminal proceedings* (Equatorial Guinea v. France)(Preliminary Objections), Judgment of 6 June 2018, dissenting opinion by vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson and Judge ad hoc Kateka, < https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-01-EN.pdf> [17].

is recalled and invoked frequently and not objected as such which may represent an evidence for the universal acceptance of the principle.

The Draft Principles on the Independence of the Judiciary so called "Syracuse Principles"[111] state (art. 17), that "Judges should have immunity from civil suit for acts done in their official capacity" and the notes to the provision explain different views about the degree of immunity judges should be afforded, from absolute immunity to adequate procedures for the removal of immunity[112].

The "*United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary"*, adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders in 1985 and endorsed subsequently by the General Assembly[113] reads as follows: "Without prejudice to any disciplinary procedure or to any right of appeal or to compensation from the State, in accordance with national law, judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions" and further that "only the court concerned may lift these immunities" (principle n. 16). Under the same principles, the "independence of the Judiciary requires that [...] the Judiciary has jurisdiction, directly or by way of review, over all issues of a justifiable nature" (principle n. 3). Principle n. 1 clearly states "the independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country" and that "it is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary". The more recent "Universal Charter of the Judge"[114] states that "civil action, in countries where this is permissible, and criminal action, including arrest, against a judge must only be allowed under circumstances ensuring that his or her independence cannot be influenced" (art. 10). The *Special Rapporteur* on the independence of judges and lawyers appointed by the (*olim)* U.N. Commission on Human Rights[115], recommended that in "order to protect judges from unwarranted prosecution, ... it is essential that judges also be granted some degree of criminal immunity"[116].

All the above references reflect the aim to ensure, based upon a purely domestic perspective a balance between accountability of judges and independence of the judiciary and cannot be regarded as evidence of an alleged principle incardinating accountability mechanism exclusively in the State in which the decision has been adopted.

As to the degree of accountability, the Committee of Ministers of the Council of Europe[117] held that "the interpretation of the law, assessment of facts or weighing of evidence carried out by judges to determine cases should not give rise to criminal liability, except in case of malice". Despite the essentially domestic target of the international standard interpreted by the Recommendation, perhaps a general acceptance may be deserved by standards on international accountability of judges, excluding that judges can be punished for bona fide errors of for disagreeing with a particular interpretation of the law[118].

---

[111] The *Draft Principles* were submitted to the *UN Sub-Commission on the Protection of Minorities and the Prevention of Discrimination.* at its August 1981 meeting as an annex to his progress report (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/48l/ Add/).

[112] The *Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice* of 1983 which in its part aimed at addressing the status of "international judges and arbitrators" (1.01 *a*) establishes that: "*Judges shall enjoy privileges and immunities, facilities and prerogatives, no less than those conferred on chiefs of diplomatic missions under and recognized by the Vienna Convention on Diplomatic Relations*".

[113] UN Doc. A/RES/40/146 (13 December 1985).

[114] Adopted at Taipei the 17th of November 1999 by the "Central Council of the International Association of Judges".

[115] Commission on Human Rights, Resolution 1994/41, Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers, 4 March 1994 (E/CN.4/1994/132, chapter X).

[116] Human Rights Council, Resolution 8/6, Mandate of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, 18 June 2008.

[117] Recommendation CM/Rec(2010)12.

[118] Concluding Observations of the Human Rights Committee on Viet Nam, UN document CCPR/CO/75/VNM, § 10.

As mentioned above, a certain degree of immunity from suits and proper procedures for the lifting of such immunities are dealt within the independence of the judiciary[119]. Traditionally the principle of "judicial immunity" was justified by the need to preserve the independence of the judge by protecting them from the displeasure of the crown and by preventing judicial interference from "rival courts"[120] under the control of the Crown and much impetus came also from the so called "sanctity of the records", preventing writs of error in the King's courts for errors of fact[121]. Further, the focus of judicial immunity shifted from the need to preserve the King's authority to the public interest in independent judicial decision-making. On the other side, judicial immunity as known under English law[122] was the result of a progressive development of legal remedies in case of judicial errors, whereas the early attempts to bring accusations against judges were no longer accepted and limits were set once remedies against the decisions emerged. The doctrine moved from a position of general judicial liability to "eliminate collateral attacks on judgments and to confine procedures in error to the hierarchy of the king's courts"[123].

Significantly the subsequent development and debate in the courts of the United States shifted following the 1871 *Civil Rights Act* to the question of immunity of judges from federal civil rights suits for having enforced illegal State laws and as to the kind of jurisdiction involved, from the jurisdiction to adjudicate, to the jurisdiction to issue injunctions[124]. On the other side, immunity from prosecution was abolished in the United States since the 1866 *Civil Rights Act* prohibiting State sponsored violations of civil rights. The fact that judicial immunity means mainly immunity from civil suits is consistent with more restrictive provisions about judicial privileges.

If the very concept of "rival courts" describes a highly articulated context of coexisting jurisdictions and may therefore apply in principle to the situation in which interference is due to the exercise of criminal jurisdiction by a foreign court, the application of the principle seems us to be

---

[119] In *Taaffe v. Downes* in which the Court of Common Pleas of Ireland confronted in 1813, given in a note in 3 *Moore's Privy Council* 41, and quoted in *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 7 Wall. 523 523 (1868) with an action against the chief justice for assault and false imprisonment. Justice Mayne, held that the action didn't lie as "*to every man's action, for every judicial act a judge is called upon to do, is the degradation of the judge, and cannot be the object of any true patriot or honest subject. It is to render the judges slaves in every court that holds plea, to every sheriff, juror, attorney, and plaintiff. If you once break down the barrier of their dignity and subject them to an action, you let in upon the judicial authority a wide, wasting, and harassing persecution, and establish its weakness in a degrading responsibility*".

[120] The United States Supreme Court in *Pulliam v. Allen*, 466 U.S. 522 (1984), provides, 530, a comprehensive reconstruction of the purpose of "the doctrine of judicial immunity and the limitations on prospective collateral relief", both traced "to the successful efforts of the King's Bench to ensure the supremacy of the common law courts over their 17th- and 18th-century rivals". A number of courts challenged the King's Bench for authority in those days. Among these were the Council, the Star Chamber, the Chancery, the Admiralty, and the ecclesiastical courts. At this purpose, *See*, *Shatter v. Friend,* 89 Eng. Rep. 510, K.B. 1691, in respect to a writ of prohibition issued to ecclesiastical court that had refused to allow the defendant's proof of payment of a legacy. In a similar case, *Harrison v. Burwell,* 2 Vent. 9, 86 Eng. Rep. 278 (K.B. 1670) a writ of prohibition was issued to a spiritual court upon the declaration of a marriage to be void because incestuous. On the other side, in *Floyd and Barker*, 12 Co.Rep. 23, 77 Eng.Rep. 1305 (1607), the Star Chamber declared the judges of the King's Bench immune from prosecution in competing courts for their judicial acts. In doing so, as noted in the above *Pulliam v. Allen* decision, they announced the theory upon which the concept of judicial immunity was built. In particular, the judge involved in *Floyd and Barker* was a common law Judge of Assize who had presided over a murder trial and was subsequently charged in the Star Chamber with conspiracy. The court concluded that the judges of the common law should not be called to account "before any other Judge at the suit of the King."

[121] But *See* the case of *Floyd and Barker* reported by Coke in 1608 and quoted by the U.S. Supreme Court, *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 13 Wall. 335 (1871), p. 348, according to which "*judges of the realm could not be drawn in question for any supposed corruption impeaching the verity of their records, except before the King himself, and it was observed that if they were required to answer otherwise, it would "tend to the scandal and subversion of all justice, and those who are the most sincere, would not be free from continual calumniations.*"

[122] We would like to refer to J.R. BLOCK, *Stump v. Sparkman and the History of Judicial Immunity*, in *Duke Law Journal*, 1980, V, p. 879ff.

[123] J.R. Block, *Justice case.,* p. 881.

[124] On the topic we would like to refer to R.C. WATERS, *Judicial Immunity vs. Due Process: When Should a Judge be Subject to Suit?* in *Cato Journal*, 1987, p. 450ff.

necessarily restricted to "non-transnational issues". Conclusion appears to be reinforced by the very rationale of judicial immunity which requires actionable remedies in a homogeneous legal system. Accordingly the role of judicial immunities doesn't differ from other domestic immunities under international law.

Nevertheless in the "justice case", the tribunal felt obliged to deal with judicial immunity and not as a matter of German Law eventually preventing punishment of judges. In its opinion about the degree of guilt of the defendant *Rothaug,* the tribunal observed, as mentioned above that[125], he was not entitles to judicial immunity and that "under any civilized judicial system he could have been impeached and removed from office or convicted of malfeasance in office on account of the scheming malevolence with which he administered injustice"[126]. The said consideration echoes limits set for judicial immunity and the wording of the leading decisions[127]. On the other side, judicial independence seem to be recognized in the decision by the Norwegian Supreme court in the case of *Hans Paul Helmuth Latza*.

4.4. About *res iudicata*, prejudicial removal of decisions and exhaustion of domestic remedies

As judicial immunity is also the result of the development of legal remedies against judicial decisions and such remedies once exhausted contribute to the legal certainty of judicial decisions – the principle of *res iudicata* - one could question if as a matter of coherence in an international system of justice may require the decision or judgment whose criminal character is questioned, to be removed prior to the prosecution of the foreign judge. To this purpose, it should be mentioned that the prior removal of the decision appears to be, where established as such under domestic law, rather a condition for suing the State than a precondition for the prosecution of the judge.

Accordingly, the fact that a judgment may remain incontestable within the legal system in which it was adopted despite the fact that the judge or the prosecutor may have been convicted within another legal system for fact underlying the decision or because of the decision itself is an unavoidable inconsistency. Such inconsistency is addressed, in certain domestic legal systems whereas the conviction of the judge for a criminal offence related with the proceeding and decision of a case is a requirement for the reopening of the case.

Significantly, in its opinion about the guilt of defendant *Rothaug* in the "Justice case" the military tribunal affirmed when dealing with his involvement in the so called "*Katzenberger* case", not to be concerned with its legal "incontestability" under German law of this as well the other cases and established beyond a reasonable doubt that the victims in the respective trials were executed in conformity with the policy of the Nazi State of persecution, torture and extermination[128].

In respect of the *Lopata*[129] and also the *Ledwon* case and the responsibilities of defendant *Lautz*, the military tribunal felt obliged to observe that it was "not going to retry the case" on the facts and the reserve was perhaps justified by the considerations on the merits of the case, rather than as a matter of certainty[130]. Despite the fact that in all the other cases mentioned in the NMT judgment, the issue of an eventual bar deriving from the legal certainty of the underlying judgment was not expressively addressed, no bar was effectively found and in the case of decisions adopted

[125] *Justice case* p. 1055.
[126] *Justice case,* p. 1156.
[127] See, U.S. Supreme Court, in *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 7 Wall. 523 523 (1868); and *Bradley v. Fisher*, *Justice case* p. 350, "but for malice or corruption in their action whilst exercising their judicial functions within the general scope of their jurisdiction, the judges of these courts can only be reached by public prosecution in the form of impeachment, or in such other form as may be specially prescribed".
[128] *Justice case,* p. 1155.
[129] On the case, *See* M. LUBER, *Strafverteidigung im Nürnberger Juristenprozess am Beispiel des Angeklagten Oswald Rothaug,* cit., p. 99.
[130] *Justice case,* p. 1122 and 1124.

by Nazi courts and specific remedies in order to remove convictions were established under domestic law[131].

To this purpose, it should be observed that the exhaustion of "domestic remedies" which reflect a principle of international law in respect of the exercise of diplomatic protection by a State[132] and has also its role in the context of State responsibility for internationally wrongful acts[133], does not bar the prosecution of the individual for a criminal conduct. The principle is also established as an admissibility requirement for individual claims in front of international human rights bodies.

5. Towards a conclusion

The prosecution of a foreign judge or prosecutor for a conduct related with his or her functions represents, to a certain extent, a "close encounter of the third kind" among conflicts of jurisdiction and is until now not frequent. In the absence of reliable information on the recurrence of situations of judicial misconduct and offences of criminal nature committed within judicial proceedings in comparison with violations by political and military leaders, simple soldiers and policemen, it is not possible to establish if judges and prosecutors are really under-represented in such foreign prosecutions.

Although, even in the absence of a reliable monitoring process, certain human rights violations can be committed essentially within or as a result of judicial proceedings (violations of fair trial, right of expression) and lack of redress may be relevant in a significant part of the remaining situations. This leaves us with an unsubstantiated (and scientifically unacceptable) feeling that there could be more of such criminal proceedings. On the other side it is argued that in transitional and post-transitional from periods of authoritarian repression, prosecutions change and strengthen judicial institutions. May be is not the best guess, but it seems that the exercise is more proficient if conducted with activism on those having served the repression under other institutions. Once the judiciary becomes a cornerstone of transition, this may determine at international level a tendency to avoid investigation unearthing its complicity with authoritarian regimes.

The analysis of the relevant practice doesn't show any specific compelling legal impediment to the criminal prosecution of foreign judges and prosecutors, apart from their conduct being mostly territorial and or from a different viewpoint extraterritorial and therefore in need of clear jurisdictional links. This is particularly true in situations in which foreign judges of prosecutors engage in interfering in ongoing proceeding by obstructing the enforcement of extradition requests, providing tainted judicial assistance or engage in witness tampering. While some of the situations mentioned in paragraph 2 are still potential ones, it may be expected that the legal and jurisdictional patterns already emerged will be used to target directly foreign corrupt judicial officials. This will determine a radicalization of judicial relationships and judicial assistance.

[131] *NS-AufhG*.

[132] Article 14, *Draft articles on Diplomatic Protection with Commentaries,* 2006, in *Yearbook of the International Law Commission,* 2006, vol. II, part two.

[133] Article 44, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries,* 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part two. The consideration in the text is without prejudice of the combined interpretation of articles 44 and 58, whose results does not directly affect the issue of immunities for judicial activities but rather the entire issue of immunities of State Officials.

La dimensione dell'interoperabilità nel diritto internazionale militare: considerazioni ermeneutiche

di *Saverio Setti*

Sommario: 1. L'interoperabilità legale: una definizione. – 2. Le principali sfide. – 3. Le attuali soluzioni. – 4. Linee conclusive.

1. L'interoperabilità legale: una definizione

Il concetto di interoperabilità ha assunto, nel concreto sviluppo della attività militari, una importanza esponenzialmente crescente, in particolare in virtù dell'ingresso dell'Italia nell'Organizzazione del Trattato dell'Atlantico del Nord, cui è seguita una sempre maggiore partecipazione ad operazioni militari al di fuori del territorio nazionale da parte di contingenti italiani, ultimamente schierati anche in assenza di una cornice NATO, per quanto, pur sempre, nel contesto di una coalizione internazionale[1].

Il fenomeno in discorso non è limitato al nostro Paese: è ormai un dato di comune esperienza che, nella quasi totalità dei casi di conflitto armato, tanto interno quanto internazionale, avente rilievo internazionale la condotta delle operazioni sia affidata ad una coalizione di soggetti di diritto internazionale[2]. Ne consegue che le operazioni di combattimento in coalizione[3] (c.d. *coalition warfare*) assumono un ruolo centrale sia nelle moderne campagne militari sia nella strategia di sicurezza interna ed esterna di molti Stati[4].

Pertanto, in costanza di una operazione in coalizione, tanto maggiore è il grado di integrazione tra partecipanti tanto minore è l'impatto che la diversità di provenienza produce sul risultato operativo della campagna[5]. Sotto questo profilo è divenuta sempre più rilevante la questione dell'interoperabilità, definita dalla NATO come «l'abilità di agire insieme in modo

[1] Nella quasi totalità dei casi, la coalizione internazionale agisce costituendo ed impiegando una forza militare multinazionale, caratterizzata dal fatto che ciascun contingente mantiene il proprio carattere nazionale (nel nostro Paese accade che il Comando Operativo di Vertice Interforze mantenga sempre la più incisiva relazione di comando e controllo, ovvero il *full-com*), ma, attraverso relazioni di comando e controllo di intensità variabile, è posto a disposizione di un comando multinazionale unificato. Ne consegue che la coalizione, in sé considerata, non assurge alla soggettività internazionale, poiché trattasi di uno strumento di cui più soggetti di diritto internazionale si servono per la risoluzione di un problema comune (sul punto, si rimanda anche a Corte EDU, 31 maggio 2007, in *RDI*, 2007, 807 ss.).

[2] Per un'analisi dell'impatto prodotto dall'interoperabilità legale sull'attività dei consiglieri giuridici dei comandanti di coalizione, si rimanda a A.P. ROGERS E D. STEWART, *The role of the military legal advisor*, in AA. VV., *The Handbook of the International Law of Military Operations*, a cura di T. D. Gill e D. Fleck, Oxford, 2015, 601.

[3] *Ex multis* si consideri l'impiego si consideri la partecipazione italiana all'intervento militare internazionale nella guerra civile irachena e nella guerra civile siriana contro lo Stato Islamico. L'operazione italiana (c.d. *Prima Parthica*) ha preso avvio nell'agosto 2014, a seguito delle Risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU n. 2170 (2014) del 15 agosto 2014 e n. 2178 (2014) del 27 settembre 2014, sulla base della richiesta di soccorso presentata il 20 settembre 2014 dal rappresentante permanente dell'Iraq presso l'ONU al Presidente del Consiglio di Sicurezza. Lo schieramento di una media di 1116 unità è avvenuto nel contesto di una coalizione internazionale che ha organizzato l'Operazione *Inherent Resolve*. Sul punto, cfr. Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, doc. XXXVI, n. 1, 25 marzo 2019, 62 in www.camera.it.

[4] Cfr., sul punto, P. A. WEITSMAN, *Wartime Alliance versus Coalition Warfare*, in *ASPJ Africa & Francophonie*, 2001, 29 ss.; K. J. MCINNISS, *Lessons in coalition warfare: Past, present and implications for the future*, in *International Politics Review*, 2013, I, 79 ss.; R. RISCASSI, *Principles for coalition warfare*, in *Military Review*, 1993, LXXIII, 6, 58 ss. e A. J. RICE, *Command and Control: The Essence of Coalition Warfare*, in *The US Army War College Quarterly: Parameters*, 1997, XXVII, 1, 152 ss.

[5] Come notato in dottrina, «operare all'interno di una coalizione risulta più efficace e conveniente rispetto ad un'azione intrapresa a livello multilaterale, in quanto essa consente di condividere i costi politici, economici e militari delle operazioni» (così in V. CAMPORINI, T. DE ZAN, A. MARRONE, M. NONES E A. UNGARO, *Il ruolo dei velivoli da combattimento italiani nelle missioni internazionali: trend e necessità*, Roma, 2014, 94).

coerente ed efficace per raggiungere gli obiettivi tattici, operativi e strategici condivisi con gli alleati»[6].

Per meglio raggiungere questo fine, l'interoperabilità può essere, in generale, vista sotto due prospettive[7]:

a) sintattica: l'idoneità di sistemi diversi a comunicare tra loro;
b) semantica: la capacità di un sistema di interpretare ed impiegare le comunicazioni in tale da risultare ugualmente significativo per tutti gli altri sistemi.

Naturalmente, il concetto di interoperabilità, così brevemente descritto, si rinviene in molteplici dimensioni, tra le quali è opportuno ricordare l'addestramento e gli equipaggiamenti ricevuti dalle forze schierate in campo, le dottrine di operazione, le linee di approvvigionamento e quelle di comunicazione[8].

Raggiunta una, quasi completa, interoperabilità nelle ricordate dimensioni, è necessario approfondire gli aspetti (e le sfide) che oggi pone la necessità di raggiungere una piena interoperabilità legale. Questa è stata variamente definita: come «lo strumento per gestire le differenze di natura legale esistenti tra membri di una coalizione, al fine di rendere il più efficace possibile la condotta di operazioni militari, nel rispetto delle disposizioni ad essa afferenti»[9], come «il processo finalizzato a rendere le norme di diritto operanti attraverso le differenti giurisdizioni di più Stati»[10], come una cornice che assicuri «la possibilità che organizzazioni operanti sotto diversi sistemi giuridici siano in grado di lavorare congiuntamente»[11] e come lo stato finale di un processo diretto ad ottenere «un *corpus* di norme comune generalmente condiviso, tale da consentire un'analisi critica idonea ad individuare, identificare e affrontare punti di potenziale divergenza ed antinomia tra sistemi giuridici e, pertanto, tale da consentire al comandante operativo di valutare l'impatto che queste divergenze possono produrre sull'interoperabilità operativa»[12].

Da una analisi di queste definizioni emerge una prima presa di coscienza di una ineliminabile differenza tra sistemi giuridici, la cui conseguenza è che una realistica interoperabilità legale, ai fini di *coalition warfere*, sia raggiungibile non già attraverso una armonizzazione delle legislazioni (come,

[6] Così in NATO Standardization Agency, *NATO Glossary of Terms and Definition*, 2013, in www.nato.it.

[7] Sul punto, cfr. *ampliter* A. SANTOSUOSSO e A. MALERBA, *Legal interoperability as a Comprehensive Concept in Transnational Law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2014, VI, 1, 52 ss. e J. PALFREY e U. GASSER, *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, New York, 2012, 28 ss.

[8] Nella dottrina della NATO l'interoperabilità «ha tre dimensioni: tecnica (per es. sistemi e programmi), procedurale (per es. dottrine e procedure) e umana (per es. la lingua, la terminologia e l'addestramento)» (così in NATO, *Allied Doctrine for Air and Space Operation*, §2.2.1, AJP-3.3, aprile 2016).

Nel contesto eurocomune, la *governance* dei servizi pubblici integrati è basata sull'interoperabilità di quattro livelli: giuridica, organizzativa, semantica e tecnica (così in Commissione Europea, Annesso 2 all'Allegato della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni*, Bruxelles, 23 marzo 2017, 41 in www.eur-lex.europa.eu).

In dottrina si tende a distinguere cinque livelli di interoperabilità: tecnica, procedurale, informativa, organizzativa e legale (così in H. KUBICEK, R. CIMANDER, H. J. SCHOLL, *Organizational Interoperability in E-Government*, New York, 2011, 56).

[9] Così in Comitato Internazionale della Croce Rossa, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Ginevra, 2003, 138. La definizione è stata ripresa dalla dottrina in A. JACHEC-NEALE, *The concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, Londra, 2014, 76 e M. ZWANENBURG, *International Humanitarian Law Interoperability in Multinational Operations*, in *International Review of the Red Cross*, 2013, XCV, 681.

[10] Così in R. H. WEBER, *Legal interoperability as Tool for Combatting Fragmentation*, in *Global Commission on Internet Governance*, 2014, IV, 8.

[11] Commissione Europea, *New European Interoperability Framework*, Lussemburgo, 2017, 27.

[12] M. NEWTON, *The Legal Interoperability of the Laws of Armed Conflict*, in AA. VV., *The 'legal Pluriverse' Surrounding Multinational Military Operations*, a cura di R. Geiß e H. Krieger, Oxford, 2020, 71.

virtuosamente, accade nel diritto eurocomune) ma attraverso strumenti che consentano di comporre le tensioni che potenzialmente emergono al contatto tra ordinamenti giuridici dissimili[13].

Secondo punto comune tra le varie definizioni è il raggiungimento dell'obiettivo della missione: l'interoperabilità legale, per quanto auspicabilmente prolungata nel tempo, è necessaria in quanto servente al conseguimento degli scopi per cui la singola coalizione opera in un dato momento e luogo, pertanto può essere limitata agli aspetti dell'organizzazione militare che si pongano in rapporto di mezzo a fine con lo scopo della missione.

Infine, ogni definizione enfatizza la necessaria complessità degli istituti di interoperabilità, che, quindi, difficilmente possono avere valenza generale ed astratta ma che, piuttosto, opportunamente devono essere rivestiti di specificità.

L'interoperabilità legale, dunque, appare raggiungibile tramite la predisposizione di un *corpus* di istituti che agisca da interfaccia, assicurando la comunicazione tra sistemi giuridici altrimenti potenzialmente incompatibili. Sotto un profilo sintattico, ciò implica la creazione, da parte dei soggetti aderenti alla coalizione di istituti giuridici che, in costanza di operazione, siano utilizzabili indifferentemente da tutti i *partner*: si pensi, ad es., alla sostanza precettiva regole di ingaggio. Questi atti normativi, di fonte pattizia, fanno il loro ingresso nel diritto interno a livello semantico attraverso meccanismi di conversione che, differenti per ogni ordinamento, siano in grado di far loro produrre effetti sostanzialmente sovrapponibili in ogni sistema giuridico: si pensi alla riconosciuta valenza scriminante di diritto interno delle regole di ingaggio[14].

A margine, è opportuno sottolineare l'opportunità che la descritta interoperabilità sia estesa ben oltre le regole giuridiche, andando a ricomprendere aspetti che, per quanto ancillari, possano facilitare al comandante, a prescindere dalla nazionalità, l'efficace impiego delle risorse giuridiche a sua disposizione: trattasi della standardizzazione delle procedure di accesso alla consulenza, tanto da parte del comandante quanto da parte del di lui *staff*, della tipologia di documentazione in ascesa ed in discesa lungo la linea decisionale e dell'organizzazione delle cellule *legal advisor*[15].

2. Le principali sfide

Varie sono le questioni che si pongono in materia di interoperabilità legale, la prima delle quali è, *ictu oculi*, la barriera linguistica. Questa ostacola la comprensione condivisa sotto un duplice aspetto: la difficoltà di espressione di concetti giuridici sovrapponibili è, infatti, esponenzialmente aumentata allorché l'espressione inerisca concetti giuridici differenti. L'incontro di due o più lingue,

---

[13] Sul punto D. J. SVANTESSON, *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle,* Oxford, 2017, 117 annota che «la completa interoperabilità legale non può essere raggiunta nel senso della uniformità delle legislazioni, […] è raggiunta allorché non vi siano più contrasti tra disposizioni normative».

[14] Cfr. art. 4, comma 1 -*sexies*, l. 29 dicembre 2009, n. 197.

[15] Sotto questo profilo appare funzionale, quale linea guida, l'organica statunitense che prevede l'inserimento della componente legale nello *staff* speciale alle dirette dipendenze del Comandante, esterno, quindi, ai direttorati operativi (le c.d. branche da 1 a 9). Posto che l'organizzazione concreta di una *task-force* è preordinata al raggiungimento dello specifico obiettivo assegnato e che, pertanto, anche l'organizzazione della cellula di consulenza legale dipende dalla missione, è opportuno che, nella sua massima espressione, la cellula sia in grado di esprimere consulenza giuridica nelle aree: *a)* del diritto internazionale militare (con attenzione, ad es., al diritto dei conflitti armati, alle regole d'ingaggio, al diritto del mare, delle operazioni aerospaziali e dell'*intelligence*, alle misure restrittive della libertà personale, agli accordi internazionali ed alle questioni attinenti alla giurisdizione dello Stato territoriale ove si svolge l'operazione); *b)* della giustizia militare; *c)* della responsabilità penale, disciplinare, erariale e civile; *d)* del diritto amministrativo e *e)* del diritto previdenziale.

Sotto un aspetto organizzativo si può ipotizzare una cellula posta al comando di un ufficiale superiore, quale consulente legale del comandante, avente alle dipendenze una sezione servizi legali (aree del diritto amministrativo, disciplinare, penale, erariale e civile) ed una sezione diritto operativo (aree del diritto dei conflitti armati e del diritto internazionale). Sul punto cfr. Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti d'America*, Joint Task Force Headquarters – J.P. 3-33*, Washington D.C., 2018, 217 e, più specificamente, Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti d'America, *Legal Support – J.P. 3-84*, Washington D.C., 2016, 36 ss.

infatti, implica l'incontro tra sistemi valoriali e culturali differenti, con la conseguenza che, nel settore dell'interoperabilità legale, diviene di fondamentale importanza saper scindere il significante, ovvero la parte fisicamente percepibile del segno linguistico, dal significato, ovvero il contenuto o concetto mentale sottostante, di cui la lingua è veicolo di trasferimento[16]. Il problema, a ben guardare, non è che l'esponenziale dell'irrisolta questione dell'attribuzione di significato al fenomeno segnico nel contesto di una lingua: la semiotica odierna, infatti, descrive un rapporto segnico complesso, mediato dall'intervento della mente umana; in altre parole «qualcosa è segno non di per sé, ma perché è considerato come tale da qualcuno, l'interprete»[17], questi attribuisce un significato al significante a seconda della costruzione sociale e contestuale che, nel contesto giuridico, è marcatamente prescrittiva[18].

Volendo schematizzare, le difficoltà linguistiche ed interpretative nascono in situazioni in cui:

a) concetti giuridici pienamente sovrapponibili possono esistere nell'ordinamento di provenienza, ma non in quello di destinazione;

b) la prospettiva culturale di destinazione e le peculiarità dell'ordinamento ricevente possono produrre imprevedibili modificazioni di significato, ove l'interprete necessiti di forzare la traduzione, "trapiantando" un concetto da un ordinamento in cui esso è nato ad un ordinamento diverso.

Parte della dottrina ha proposto, al fine di mitigare dette criticità, l'impiego di meta-concetti, idonei a descrivere concetti legali[19]: si potrebbe condividere questa impostazione, che ha il pregio di rendere palese la necessità di astrazione dei concetti[20] (ben si potrebbe, astraendo, sovrapporre i concetti anglosassoni di *actus reus e mens rea* con quelli italiani di elemento psicologico e materiale del reato), se non fosse che essa, in ultima analisi, si limita a spostare il problema sulla ricerca di concetti condivisi[21]. Appare chiaro come in parte differente negli effetti giuridici prodotti siano i concetti di "contratto" di diritto italiano, di "*agreement"* e di "*contract"* di diritto anglosassone, per quanto lata quest'ultima espressione sia.

Altra parte ha proposto una interpretazione delle disposizioni sotto una prospettiva transnazionale[22]: così come, nel nostro diritto interno, è possibile dare una interpretazione costituzionalmente orientata di norme che, in quanto precedenti alla Costituzione stessa, parrebbero porsi in possibile contrasto con essa, è possibile dare una interpretazione convergente su principi comuni di disposizioni normative interne di diversi ordinamenti che non risultano sovrapponibili.

---

[16] Per un approfondimento semiotico si rimanda a U. ECO, *Trattato di semiotica generale*, Milano, 2016, 19 ss., F. DE SASSURE, *Corso di linguistcia generale*, Bari, 1967, 25, A. GREIMAS, *Semantica strutturale*, Roma, 2006, 52 SS., A. GREIMAS e J. COURTÉS, *Semiotica: dizionario ragionato della teoria del linguaggio*, Milano, 2007, 316 E, per un commento di filosofia del linguaggio, M. RECALCATI, *Il vuoto e il resto: il problema del reale in Jacques Lacan*, Milano, 2019 5 ss.

[17] Così M. JORI e A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, 164.

[18] Secondo C. PALUMBO, *Norma, diritto, interpretazione*, Torino, 2016, 43, «l'analisi semiotica dei linguaggi o discorsi (giuridici) a qualunque livello, teorico, dogmatico e operativo, deve essere integrata da una analisi della loro dimensione pragmatica, intesa come parte integrante della loro semiotica, una pragmatica che comprenda alcune delle regole linguistiche specifiche che costituiscono un linguaggio o discorso, o lingua, giuridico per quello che è; e quindi contribuiscono potentemente alle scelte normative insite in qualunque attività giuridica e anche nella descrizione del diritto come è».

Sul punto, si rimanda anche a M. JORI, *Il linguaggio giuridico*, in AA. VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di G. Pino, A, Schiavello e V. Villa, Torino, 2013, 264.

[19] Sul punto, cfr. M. TROPER, *Les Concepts de l'histoire constitutionnelle*, in AA. VV., *Comment écritic-on l'histoire constitutionelle?*, a cura di C. M. Herrera e A. Le Pillouer, Parigi, 2012, 75 ss.

[20] Sul punto, cfr. P. CIMIANO, E. MONTEL-PONSODA, P. BUITELAAR, M. ESPINOZA e A. GÒMEZ-PÉREZ, *A Note on Ontology Localization*, in *Journal of Applied Ontology*, 2010, V, 127.

[21] A. SANTOSUOSSO e A. MALERBA, *Legal interoperability as a Comprehensive Concept in Transnational Law*, cit., 58.

[22] C. H. BARON, *The dialoge between Biomedicine and Law in an "IntraAmerican Transnational Perspective"*, in AA. VV, *Biomedical Sciences and the Law*, a cura di A. Santosuosso, S. Garagna, B. Bottalico, C.A. Redi, Pavia, 2010, 87.

Nemmeno la completa sovrapponibilità linguistica può, però, evitare problemi di comunicazione tra sistemi giuridici[23], perché spesso accade che gli Stati componenti una coalizione siano titolari di differenti posizioni giuridiche soggettive di diritto internazionale, con la conseguenza che i meccanismi d'interoperabilità legale devono essere in grado di interfacciare sistemi giudici aventi diversi riferimenti sovraordinati. Un esempio assai chiaro di questa situazione emerge dal diritto internazionale umanitario applicabile agli Stati membri della Coalizione globale anti-ISIS, cui sono parte, *ex plurimis*, gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Italiana: mentre entrambi i soggetti sono tenuti al rispetto delle Convenzioni di Ginevra (le cui disposizioni sono ormai ritenute consuetudinarie), solo l'Italia è tenuta al rispetto del contenuto normativo dei Protocolli addizionali del 1977, dei quali gli Stati Uniti non sono parte.

La questione circa l'esatta definizione dell'ampiezza della sfera di tutela da accordare ai diritti umani, sia in virtù del diritto internazionale umanitario che in virtù di altre fonti pattizie, è spesso risultata latrice di rilevanti tensioni tra componenti una coalizione. Benché, infatti, si possa sostenere che la quasi totalità degli Stati sia ormai parte di almeno un trattato internazionale che, in aggiunta al diritto consuetudinario, imponga la protezione di alcuni fondamentali diritto umani, quali il diritto alla vita ed il divieto di tortura[24], residuano comunque sostanziali differenze circa la concreta applicazione di queste garanzie[25].

Questa considerazione conduce al terzo profilo problematico in punto di interoperabilità legale, ovvero la differente interpretazione data da ciascuno Stato delle disposizioni di diritto internazionale nei suoi confronti vincolanti. Quand'anche, infatti, uno o più Stati di una coalizione risultassero sottoposti ad un medesimo regime, sia esso pattizio o consuetudinario, ben potrebbero realizzarsi rilevanti differenze in punto interpretativo. Un esempio di scuola è dato dalla concreta applicazione dell'art. 51 della Carta dell'ONU quale eccezione al divieto generale di uso della forza nelle relazioni internazionali di cui all'art. 2, par. 4 della medesima Carta: il Regno Unito ritiene legittimo l'uso della forza, in limitate occasioni, al fine di evitare «una catastrofe umanitaria»[26], posizione non condivisa dalla maggior parte degli alleati, che, per la legittimità dell'impiego della

[23] In A. SANTOSUOSSO e A. MALERBA, *Legal interoperability as a Comprehensive Concept in Transnational Law*, cit., 60 così si esemplifica: «le relazioni tra diritto britannico e diritto statunitense illustrano questo [problema]: anche utilizzando il medesimo idioma, ovvero l'Inglese, possono venire in essere problemi di comunicazione di natura giuridica».

[24] Sul punto, cfr. K. ABBOTT, *A Brief Overview of Legal Interoperability Challenghes for NATO Arising from the Interrelationship Between IHL and IHRL in Light of the European Convention on Human Rights*, in *International Review of The Red Cross*, 2014, XCVI, 107; V. MCCONACHIE, *Coalition Operations: A Compromise or an Accomodation*, in *International Law Studies*, 2008, LXXXIV, 235 ss.; C. DE COCK, *Targeting in Coalition Operations*, in AA. VV., *Targeting: the Challenges of Modern Warfare*, a cura di P. A. Ducheine, M. N. Schmitt e F. P. Osiga, Berlino, 2016, 235 e M. ZWANENBURG, *International Humanitarian Law Interoperability in Multinational Operations*, cit., 681.

[25] Sul punto, cfr. T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 2000, XCIV, 239; C. DROEGE, *The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict*, in *Israel Law Review*, 2007, XL, 2, 310; N. PRUD'HOMME, *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship*, in *Israel Law Review*, 2007, XL, 2, 356; D. BETHLEHEM, *The Relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law and the Application of International Human Rights Law in Armed Conflict*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, II, 2, 180; M. MILANOVIC, *Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2009, XX, 69; K. WATKIN, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, in *American Journal of International Law*, 2004, XCVIII, 1; G. CORN, *Mixing Apples and Hand Grenades: The Logical Limit of Applying Human Rights Norms to Armed Conflict*, in *International Humanitarian Legal Studies*, 2010, I, 52 e M. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, XCIX, 119.

[26] Ministero della Difesa del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2009, § 1.6. Sul punto, cfr. anche P. GARGIULO, *La Guerra - Profili di diritto internazionale e diritto interno*, Quaderni dell'Istituto di studi giuridici dell'Università di Teramo, vol. III, Napoli, 2002, 88-89.

forza, richiedono l'ulteriore condizione dell'adottata risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'ONU[27].

Se questo esempio, per quanto chiaro, può risultare scarsamente utile in un contesto di coalizione, che ovviamente presuppone l'avvenuto impiego della forza internazionalmente rilevante, è opportuno sottolineare che le differenze interpretative assumono una concreta rilevanza anche nella concreta condotta delle operazioni militari, definendo i parametri cui gli Stati si ritengono obbligati a fronte di una medesima norma di diritto internazionale. Nuovamente esemplificando, è ormai accettato, quale norma di *ius cogens*, l'obbligo di fare oggetto di attacco i soli obiettivi militari, ovvero cose o persone che, cumulativamente, forniscano un contributo effettivo all'azione militare dell'avversario e la cui neutralizzazione costituisca un vantaggio militare preciso[28]. Se questa interpretazione è condivisa, ad es. da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, altrettanto non può dirsi per gli Stati Uniti che, pur accogliendo il principio di distinzione, adottano una interpretazione assai meno estensiva di "obiettivo militare", inteso come qualunque entità che contribuisca efficacemente non solo alla capacità del nemico di combattere ma anche al generale sostegno allo sforzo bellico[29]. Ne consegue che uno stesso sito produttivo, avente stretta funzione economica non direttamente connessa alle operazioni militari, potrebbe essere considerato un obiettivo legittimo da parte di forze statunitensi impiegate in una coalizione e un obiettivo protetto da parte di forze *partner*.

Come notato in dottrina, «altre divergenze possono sorgere relativamente ai seguenti punti: *a)* la nozione di danno collaterale, cioè i danni provocati a beni civili quando si colpisce un obiettivo militare legittimo, si presta a differenti interpretazioni anche tra gli stessi Stati parti del I Protocollo. Il danno collaterale non deve essere eccessivo rispetto al vantaggio militare previsto mediante l'attacco ad un obiettivo militare. Taluni Stati hanno dato una interpretazione restrittiva del principio di proporzionalità, poiché ritengono che il vantaggio militare non vada commisurato ad ogni singola azione o una parte dell'attacco, ma in relazione all'attacco militare nel suo complesso. A tal fine, Belgio, Germania, Italia, Paesi Bassi e Regno Unito hanno fatto una dichiarazione *ad hoc* al momento della firma e ratifica del I Protocollo; *b)* L'art. 56 del I Protocollo impone limitazioni agli attacchi contro opere e installazioni che racchiudono forze pericolose, come le dighe e le centrali nucleari per la produzione di energia elettrica. Gli Stati Uniti non considerano l'art. 56 come dichiarativo del diritto internazionale consuetudinario; *c)* Secondo il I Protocollo la popolazione civile ed i beni civili in territorio nemico non possono essere oggetto di rappresaglia. Gli Stati Uniti non considerano questa proibizione, che secondo la IV Convenzione di Ginevra del 1949 vale solo per il territorio occupato, come rispondente al diritto consuetudinario»[30].

Un ultimo fattore da tenere in considerazione, inerente più la politica internazionale che il diritto, è la legittimità percepita di una data condotta: benché uno Stato possa ritenere legittima un'azione militare potrebbe decidere di non assumersi il rischio che questa possa essere percepita, da tutta o parte della comunità internazionale, come illegittima[31]. Dalla prassi internazionale appare emergere che gli Stati assumano, tra gli altri, come parametro incidente sulla decisione di porre in

[27] Sul punto, cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2017, 53 e E. CANIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2016, 83.

[28] La regola è, ormai considerata consuetudinaria (cfr. Regole 7 – 10 in Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Customary IHL Database*, Cambridge, 2005). È, comunque, contenuta all'art. 52, del I Protocollo Addizionale.

[29] Sul punto cfr. Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti d'America*, Law of War Manual*, Washington D.C., 20016, § 5.7.6.2.

[30] N. RONZITTI, *L'applicabilità del dieitto internazionale umanitario*, in AA. VV., *Le forze di pace nell'Unione europea,* Roma, 2005, 170, nota 10.

[31] Sul punto, cfr. D. GODDARD, *Understanding the Challenge of Legal Interoperability in Coalition Operations*, in *Journal of National Security Law & Policy*, 2017, IX, 227, ove si argomenta che «anche ove uno Stato interpreti ed applichi una regola in buona fede, ciò non significa che gli atri attori possano condividere la sua posizione, specialmente nell'ipotesi in cui la stessa regola, ovvero la sua applicazione, non si presenti chiara o sia controversa».

essere o meno una condotta il rischio che questa possa essere giudicata illegittima da parte di altri soggetti di diritto internazionale. Questo sia che gli Stati siano parte di una convenzione, la quale eventualmente preveda il giudizio di un *panel*, sia che gli Stati non siano parte di una specifica convenzione e che, dunque, il giudizio di altri soggetti di diritto internazionale (siano essi altri Stati, organizzazioni internazionali o comitati internazionali), pur non legalmente vincolante, sia comunque politicamente influente[32].

3. Le attuali soluzioni

L'interoperabilità legale non è assente dagli odierni contesti di impiego delle coalizioni.

Concettualmente, sono due le possibili soluzioni[33].

Un primo approccio massimalista, prevede che i partecipanti alla coalizione si accordino circa l'applicazione di un *set* comune di regole, ognuna delle quali rifletta la posizione del partecipante più restrittivo: in questo modo, qualunque condotta posta in essere da qualunque *partner*, se legittima ai sensi dell'accordo, sarebbe necessariamente legittima per ogni altro membro, rendendo così pienamente realizzata una interoperabilità legale. Tuttavia l'approccio minimalista presenta innegabili svantaggi, il primo dei quali sarebbe la riluttanza degli Stati a vedersi vietata una certa condotta che, altrimenti, sarebbe stata loro permessa. Secondariamente, si tornerebbe al problema dell'interpretazione: pur avendo concordato un comune *set* di regole, gli Stati potrebbero, successivamente, divergere in punto di interpretazione delle stesse. Infine, sotto una prospettiva di *realpolitik*, il fatto che una coalizione disponga di uno o più Stati la cui azione in combattimento sia meno vincolata rispetto ad altri potrebbe essere considerato un vantaggio per la condotta delle operazioni militari sul campo.

Il secondo approccio, minimalista, prevede che ogni partecipante alla coalizione operi ai sensi delle obbligazioni nascenti dalla propria posizione di diritto internazionale: in questo modo una condotta proibita alla coalizione è tale solo se proibita per tutti gli Stati che ad essa prendono parte. Quest'approccio ha il vantaggio di essere il meno restrittivo possibile ma lo svantaggio di richiedere un pieno e completo controllo, da parte di ogni Stato, delle proprie forze militari (le quali, altrimenti, opererebbero secondo regole di altri soggetti di diritto internazionale) difficilmente raggiungibile stanti gli attuali, e necessari, livelli di integrazione di comando e controllo delle coalizioni. Inoltre, l'approccio minimalista, consentendo a differenti contingenti di una coalizione di operare ognuno secondo differenti regole, non può che plafonare l'immediatezza dell'azione di comando del comandante della coalizione, rendendo difficile poter prevedere come le forze alle sue dipendenze agiranno in particolari situazioni.

Peraltro, come rilevato in dottrina, nell'*id quod plerumque accidit*, «questi approcci rappresentano degli estremi, tra i quali le coalizioni tendono ad assumere una posizione mediana, determinata bilanciando la semplicità del primo approccio con la flessibilità del secondo»[34].

È, infatti, necessario considerare che nella totalità dei casi, le coalizioni operano sulla base del consenso degli Stati ad essa appartenenti, dunque il processo di conclusione dell'accordo di ingresso in coalizione normalmente prevede un *set* di regole applicabili al processo di selezione degli obiettivi (c.d. *targeting*)[35].

La legittimità per ciascun *partner* dell'ingaggio degli obiettivi è anche garantita dalla prassi internazionale la quale consente allo Stato che non consideri nel suo interesse, sia da un punto di

[32] Sul punto, cfr. W. KÄLIN e J. KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, 2009, 206.

[33] Sul punto anche e M. ZWANENBURG, *International Humanitarian Law Interoperability in Multinational Operations*, cit., 700 - 703.

[34] Così D. GODDARD, *Understanding the Challenge of Legal Interoperability in Coalition Operations*, cit., 229. Sul punto, cfr., anche, M. ZWANENBURG, *International Humanitarian Law Interoperability in Multinational Operations*, cit., 704.

[35] Cfr. A. JACHEC-NEALE, *The concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, cit., 245.

vista giuridico che politico[36], l'impiego di propri contingenti in una o più operazioni particolari, di opporre un *caveat*[37], ovvero di restringere ulteriormente le regole d'ingaggio della coalizione[38]. I *caveat* sono formalmente indicati dallo Stato nel momento in cui questo diviene parte della coalizione, al fine di consentire al comandante della stessa un impiego legittimo delle forze messe a sua disposizione.

I *caveat*, nella concreta prassi, operano ordinariamente su quattro piani[39]: *a)* interpretativo: uno Stato può trovarsi in disaccordo con l'interpretazione di una norma di diritto internazionale[40] ovvero del contenuto del mandato delle Nazioni Unite (o di altra organizzazione) che ha disposto l'operazione in corso e dunque opporne una propria; *b)* di diritto interno: uno Stato può ritenere che una o più regole di ingaggio contrastino con il proprio diritto interno; *c)* politico: il governo di uno Stato può ritenere che un certo grado di impego della forza, benché legittimo sul piano legale, non sia desiderabile in seguito a considerazioni di natura politico-sociale[41]; *d)* capacitivo: uno Stato può escludere di compiere una data funzione militare semplicemente perché non possiede l'abilità o le tecnologie per compierla[42].

---

[36] Si noti, ad es., che si sono verificate divergenze in merito nel contesto dell'operazione ISAF in Afghanistan tra la posizione statunitense, che richiedeva l'adozione di una condotta maggiormente offensiva, e quella italiana, ancorata ad una visione strettamente difensiva delle attività militari sul campo (cfr., sul punto, G. ANGELUCCI e L. VIERUCCI, *Il diritto internazionale umanitario e la guerra aerea*, Firenze, 2010, 248 e C. CARLETTI, *Il contributo delle istituzioni de della società civile italiana per la protezione e promozione dei diritti umani*, Torino, 2012, 138). In effetti, la dottrina ha evidenziato che i *caveat* nazionali «oltre che dal diritto interno, possono anche risultare dalla 'filosofia politica' interna; in altre parole, l'interpretazione data da un Paese del modo migliore per perseguire la sicurezza e la stabilità» (J. MEDCALF, *Going global or going nowhere?,* Oxford, 2008, 180).

[37] Termine originariamente derivante dal latino (3ª persona singolare del congiuntivo presente del verbo *caveo*), emerge nella terminologia *common law* del XVI° secolo nel brocardo *caveat emptor* (il compratore faccia attenzione), impiegato per indicare la regola di cautela nelle compravendite. Nell'Inglese odierno il termine caveat ha assunto il significato di "riserva" o "limitazione".

In punto di definizione, in dottrina i *caveat* sono definiti come «eccezioni interpretative a quelle regole che contrastano con il quadro normativo interno oppure con gli interessi nazionali» (così in F. ELIA, *I principi fondamentali nella condotta delle operazioni militari*, I.S.S.M.I., Roma, 2010, 61). La definizione impiegata negli atti della NATO è la seguente: «i *caveat* nazionali sono restrizioni all'uso dei contingenti nazionali che partecipano a un'operazione multinazionale» (così nella ris. n. 336, *Riduzione dei* caveat *nazionali*, dell'Assemblea parlamentare della NATO - Commissione difesa e sicurezza, 10 gennaio 2006).

[38] L'uso dei *caveat* è specificamente previsto nel contesto delle operazioni della NATO (cfr., sul punto NATO, *Allied Joint Doctrine for Joint Targeting – AJP-3.9 (A)*, 2016, § 2.2.1).

Un esempio in tal senso è il divieto alle forze italiane dispiegate in teatro operativo di consegnare al governo dell'Afghanistan persone che potrebbero essere oggetto di condanna a morte (cfr., sul punto A. MARUCCI, *Il* Caveat*: strumento di garanzia o di gestione delle operazioni fuori area?*, in *Inf. Difesa*, 2009, II, 37). Questo in armonia con il disposto dell'art. 27 Cost. e dell'art. 11 della Convenzione europea di estradizione. Sul punto, cfr., in giurisprudenza Corte cost., 21 giugno 1979, n. 54 e Corte cost., 27 giugno 1996, n. 223 (entrambe in www.giurcost.org) e Corte Edu, sez. II, 30 marzo 2010, n. 22142, Cipriani c. Italia (in www.giustizia.it) e, in dottrina, C. ALMIRANTE e F. RUBINO, *Diritti umani e pena di morte*, in *Crit. Dir*., 2001, 436 e S. BORELLI, *Estradizione e pena di morte: considerazioni in margine alla recente sentenza della corte suprema del Canada nel caso Burns*, in *Riv. intern. Dir. uomo*, 2001, 807.

[39] Cfr., sul punto, S. MANACORDA e A. NIETO, *Criminal Law between War and Peace*, Ciudad Real, 2009, 117.

[40] Sul piano del diritto internazionale si distinguono le riserve, ovvero «le dichiarazioni attraverso le quali lo Stato esprime la sua volontà di limitare gli effetti giuridici nei suoi confronti di certe disposizioni» (cfr., sul punto, M. GIULIANO, T. SCOVAZZI e T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 2005, 308) e le dichiarazioni o dichiarazioni interpretative che «manifestano il punto di vista dello Stato su una disposizione, su come verrà interpretata o a quali organi dell'apparato statale verrà riferito un termine contenuto nel trattato, ma che non hanno lo scopo di modificare, alterare o escludere l'applicazione della disposizione del trattato oggetto di dichiarazione» (A. SINAGRA e P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, 193). Sul punto cfr., inoltre R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996 e R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999.

[41] Cfr. D. MURRAY, *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*, Oxford, 2016, 323 e A. CLAPHAM, P. GAETA e M. SASSÒLI, *The 1949 Geneva Conventions: a commentary*, Oxford, 2015, 431.

[42] La categoria è introdotta da J. MEDCALF, *Going global or going nowhere?,* cit., 181.

La prassi riconosce, poi, agli Stati un ulteriore strumento che consente loro di sottrarsi ad una singola operazione che, benché legittima anche ai sensi di eventuali *caveat*, possa astrattamente porsi in contrasto con il loro particolare interesse. Prima che le proprie forze siano schierate sul campo per lo svolgimento di un particolare atto di combattimento (ad es. un attacco aereo) il comandante della coalizione è tenuto ad informare l'ufficiale più elevato in grado (SNR), ovvero altra autorità specificamente designata (c.d. *red card holder* – RCH)[43], di ogni Stato che fornisce le forze per quell'azione militare[44]. Questi dispone «dell'autorità formale di veto circa l'uso di assetti nazionali per la condotta di una specifica missione assegnata dal comandante»[45] della coalizione[46].

Infine, sotto un profilo dottrinale, la NATO ha predisposto una piattaforma informatica (Legal Advisors Worktop Functional Area System – LAWFAS) finalizzata a creare una comunità interattiva tra strutture dell'Alleanza e cellule legali nazionali, così da ulteriormente sviluppare l'interoperabilità legale tra *partner*.

La piattaforma è articolata su tre sottosistemi: *a*) una banca dati (*repository*), che contiene documenti e pronunce giurisdizionali interne ed internazionali direttamente o indirettamente connesse all'attività della NATO; b) un servizio di supporto (*paralegal on-line*) diretto a fornire assistenza su questioni legali alle articolazioni dell'Alleanza, agli Stati membri ed alle università e *c)* un servizio di ricerca (*legal clinic*), coordinato dall'Università Roma Tre e dall'Università Pantheon-Sorbona, finalizzato a dirigere le attività di ricerca scientifica nelle aree delle armi autonome, delle posizioni soggettive inerenti i conflitti armati non internazionali, dell'aggiornamento ai commentari alle Convenzioni di Ginevra e dell'applicazione della teoria dei poteri impliciti delle organizzazioni internazionali.

Questo strumento è dotato di un particolare potenziale non solo a livello di consulenza giuridica per le operazioni della NATO, ma anche in punto di definizione del diritto internazionale. Sul punto, infatti, è opportuno ricordare che, tra le fonti del diritto internazionale, rientra non solo «la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accertata come diritto», di cui il materiale contenuto nel LAWFAS ben potrebbe porsi quale indice probatorio, ma anche «la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche»[47].

In conclusione, la dottrina[48] si è proposta una *road map* che, sulla base dell'esperienza maturata in vari contesti internazionali di impiego, si sviluppa lungo tutta la fase del ciclo di pianificazione di una operazione militare[49].

---

[43] In taluni casi le due figure possono coincidere, in altri (ad es. ISAF) la coalizione richiede che il contingente nazionale sia dotato di un RCH diverso dall'SNR. Sul punto, cfr. M. ZWANENBURG, *Accountability of Peace Support Operations*, Boston, 2005, 48 e D. AUERSWALD e S. SAIDEMAN, *NATO at War: In Afghanistan and at Home?*, in AA. VV., *NATO in Afghanistan: Fighting Together, Fighting Alone,* 2014, Princeton, 26.

[44] Sul punto cfr., anche L.A. DICKINSON, *Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance*, in *American Journal of International Law*, 2010, I, 104 e C. DE COCK, *Targeting in Coalition Operations*, in AA. VV., *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, a cura di P. Ducheine, M. N. Schmitt e F. Osinga, L'Aia, 2016, 254.

[45] Così in NATO, RFP-ACT-SACT-16-46, B-77.

[46] In dottrina il RCH è definito come «un ufficiale che monitora tutti gli ordini e le disposizioni diretti al personale nazionale in un'operazione internazionale al fine di assicurare la compatibilità della loro condotta con il mandato nazionale, con le regole di ingaggio e con le altre linee guida emanate a livello nazionale. Il *red card holder* svolge il proprio compito in virtù di un mandato esclusivamente nazionale e, pertanto, è collocato al di fuori della catena di comando dell'operazione internazionale» (così in J.F.R. BODDENS HOSANG, *Rules of Engagement and the International Law of Military Operations*, Oxford, 2020, 21, nota 16).

[47] Art. 38, c. 1, *sub c)* e *d)* dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

[48] Cfr. A.P. ROGERS E D. STEWART, *The role of the military legal advisor*, cit., 602 ss.

[49] Per una presentazione dei cicli di pianificazione si rimanda a V. CAMPORINI, *Come pianifica la Difesa*, in *Inf. Difesa*, f. 6, 2008, 8 ss.

Nella prima fase, *pianificazione*, è necessario indentificare i tre requisiti necessari al raggiungimento di una interoperabilità legale almeno tendenziale. Il primo è la comprensione condivisa dei sistemi giuridici che saranno chiamati ad operare congiuntamente, identificando i punti ove emerge una completa o parziale inconciliabilità. Il secondo passo è il tentativo di anticipare le discrasie potenzialmente nascenti dall'applicazione di strumenti giuridici inconciliabili e, basandosi anche sui precedenti, cercare di costruire strumenti *ad hoc* per il superamento di queste criticità. Il terzo, ed ultimo passo, è il raggiungimento di un accordo tra le parti della coalizione su procedure o istruzioni operative standardizzate (SOP e SOI) applicabili a tutti i prevedibili casi in cui sia necessaria una analisi giuridica il più possibile rapida, accurata ed uniforme[50].

Nella seconda fase, *preparazione*, si ritiene consigliabile una integrazione, di durata variabile dai due ai sei mesi a seconda del livello dell'operazione, con lo *staff* del comandante da supportare. Particolare attenzione dovrebbe essere posta nella costruzione di relazioni di servizio con gli *advisor* politici, CIMIC e con il personale di collegamento con le articolazioni esterne alla coalizione, tra cui il Comitato Internazionale della Croce Rossa.

Infine, in fase di condotta dell'operazione, *esecuzione*, è assolutamente necessaria la costruzione di una rete di relazioni con i consiglieri giuridici degli altri membri della coalizione. Sotto questo profilo appare importante sottolineare che può venirsi a creare una differenza in termini di grado, posto che gli Stati forniscono contributi diversi in termini di forze. A livello internazionale, ci si può, comunque, attendere che una cellula *legal advisor* costituita a livello brigata sia composta da un ufficiale superiore, assistito da un capitano[51].

4. Linee conclusive

Tratteggiando, infine, una organica ricapitolazione di quanto considerato, emerge che, sul piano ermeneutico, allo stato si ritiene ineliminabile una certa qual differenza tra sistemi giuridici di Stati diversi partecipanti ad una coalizione. Ne consegue che la modalità che appare più rapida ed efficace ai fini del raggiungimento di una interoperabilità legale produttiva di concreti risultati non può che rinvenirsi nell'approntamenti di strumenti che consentano la composizione delle tensioni potenzialmente emergenti tra ordinamenti differenti. Ciò ben può essere limitato a quanto sia razionalmente prevedibilmente servente allo scopo della missione, ovvero al raggiungimento dell'*end state* strategico, impiegando gli strumenti di interoperabilità ove possibile e interpretando le disposizioni in senso trans-nazionale per la risoluzione delle residue frizioni tra ordinamenti.

[50] Tipicamente questo accade per il ciclo di *targeting*, ovvero il processo decisionale che porta all'autorizzazione all'uso della forza, letale o non letale, in contesti diversi dalla legittima difesa. In questa ipotesi, stante la necessaria urgenza richiesta dalla contingenza operativa, ove la temporizzazione dell'ordine di apertura del fuoco è spesso dirimente per il successo della missione, accade che i soggetti coinvolti nel processo decisionale possano mutare a seconda del tempo e del luogo in cui detto processo avviene. Pertanto si rende necessario fornire ai consiglieri giuridici di tutte le nazioni partecipanti una griglia di valutazione *standard* che consenta di valutare con celerità la natura legale dell'attacco da porsi in essere. Sul punto si rimanda, per una descrizione del ciclo di targeting statunitense a G. P. CORN, *Developing Rules Of Engagement: Operationalizing Law, Policy and Military Imperatives at the Strategic Level*, in AA. VV., *U.S. Military Operations: Law, Policy and Practice*, a cura di G. S. Corn, R.l E. VanLandingham e S. R. Reeves, *Oxford*, 2016, 204 e, per una descrizione del ciclo *targeting* a livello NATO, ad A. JACHEC-NEALE, *The Concept of Military Objectives in International Law and Targeting Practice*, New York, 2015, 344 e, in particolare, P. R. PRATZNER, *The Current Targeting Process*, in AA. VV., *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, a cura di P. Ducheine, M. N. Schmitt e F. Osinga, United States Naval War College, 2016, 80, dove i due sistemi di valutazione del *targeting* deliberato sono oggetto di comparazione.

[51] Cfr., sul punto, A.P. ROGERS E D. STEWART, *The role of the military legal advisor*, cit., 604, R. DI MEGLIO, *Training Army Judge Advocates to Advise Commanders as Operational Law Attorneys*, in Boston College Law Review, 2013, 1195 e C. FORD, *The Practice of Law at the Brigade Combat Team (BCT): Boneyards, Hitting for the Cycle, and All Aspects of a Full Spectrum Practice*, in *The Army Lawyer*, 2004, 22

La rimozione delle identità religiose e culturali.
Un male antico quanto Atene[1]

di *Umberto Montuoro*

Sommario: 1. La caduta di Costantinopoli nel 1453 e l'estinzione coattiva della continuità delle istituzioni e della cultura romana. – 2. L'ipotesi esemplificativa di Atene: dalle scuole filosofiche, attraverso la cultura romana classica, alla loro soppressione costantiniana e dall'occupazione ottomana all'indipendenza ottocentesca. – 3. L'anacronismo della *debellatio* e il sistema convenzionale di diritto umanitario: la tutela delle identità culturali quale strumento di contrasto del terrorismo internazionale.

1. La caduta di Costantinopoli nel 1453 e l'estinzione coattiva della continuità delle istituzioni e della cultura romana

«La chute de l'empire de Byzance étant le point de départ de cette histoire (L'Histoire Générale des temps modernes, depuis la prise de Constantinople par les Turcs 1453…) il est nécessaire de donner une idée générale de l'état de l'Europe à l'époque de ce grand événement, à commencer par le peuple qui l'accomplit[2]».

Appare interessante osservare che una parte autorevole della storiografia francese dell'ottocento identificava la caduta di Costantinopoli con un passaggio culturale di portata epocale e non solo per le relazioni internazionali dell'intero Mediterraneo e del vecchio continente.

La presa con le armi della città che aveva mantenuto la continuità delle tradizioni culturali, sociali e giuridiche dell'antica Roma determinò un cataclisma geopolitico, paragonabile solo in parte alla precedente abdicazione dell'ultimo imperatore d'occidente e della conseguente fine dei resti già martoriati dell'unità imperiale romana in Europa ed in Africa del nord. Come un immenso *iceberg* sotto i raggi del sole del Mediterraneo si dissolvevano, per sempre, le fino ad allora vive ed ininterrottamente attive dinamiche della quotidianità istituzionale ed economica romana.

La cartina al tornasole più appariscente non è rappresentata dalla stessa riduzione in schiavitù di gran parte della popolazione libera di Bisanzio, sfuggita alle uccisioni indiscriminate ed alle diffuse brutalità perpetrate, in particolare, su donne e fanciulli[3]. Bensì, da un altro importante indice sintomatico, costituito dalla soppressione dell'utilizzo del latino e greco, quali lingue colloquiali del popolo e delle classi agiate o adottate per la redazione delle opere letterarie o degli atti, nel nuovo impero di fede islamica.

Nuovo soggetto di diritto internazionale sostituitosi radicalmente al primo, per incorporazione ed estinzione completa della sovranità bizantina, mediante piena *debellatio* dell'ordinamento giuridico precedente.

---

[1] Testo in italiano da "Protection of Cultural and Religious Minorities", edited by Ida Caracciolo and Umberto Montuoro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019.

[2] F. RAGON, *Abrégé de L'Histoire Générale des temps modernes*, Parigi, 1859, Tomo primo, pag. 1.

[3] È interessante notare che le fonti storiche, di entrambe le parti contendenti, bizantini cristiani e forze islamiche, descrivono con ampia dovizia di particolari le atrocità e le vessazioni alle quali furono sottoposti le truppe e gli abitanti di Costantinopoli, dopo la sua capitolazione. Sia le persone, in giovane età di ambo i sessi, sia i beni preziosi e gli immobili di grande e medio pregio furono considerati bottino e prede di guerre. Gli atti di magnanimità da parte dei conquistatori furono celebrati dagli stessi con enfasi e propagandati attraverso le vie commerciali, attraverso cronache appositamente redatte, per gli interlocutori mercantili veneziani, genovesi e spagnoli. Si annunciò addirittura il ripopolamento coattivo di Costantinopoli e di alcune contrade greche, rimaste prive della necessaria forza lavoro e della vita cittadina. Per una rapida ed efficace comprensione dello scenario umanitario che si offrì eterogeneo nella capitale bizantina, nelle città e nei numerosi distretti territoriali dipendenti, caduti nello stesso momento o progressivamente conquistati: A. PERTUSI, a cura di, *La caduta di Costantinopoli. Le testimonianze dei contemporanei*, Fondazione Lorenzo Valla, Torino, 2012; ed, in modo, speculare, T. BEY, *La conquista di Costantinopoli,* Milano, 2007.

L'identità culturale romana, già mutata in parte, da una inevitabile seppur raffinatissima evoluzione, svaniva per sempre sotto l'imposizione violenta dei costumi dei vincitori e dell'orizzonte valoriale ottomano.

Al Palazzo di Teodosio, demolito e cancellato con cura fin dalle sue fondamenta, concepito con un naturale sviluppo verticale su più piani, grazie alle tecnologie edili ed all'estetica della secolare architettura romana, si sostituiva la dimensione orizzontale del nuovo Palazzo del Sultano, il Topkapi, riproducente i volumi delle tende utilizzate da popoli nomadi. Il nuovo centro del potere imperiale, infatti, non si sopraelevava per più di due piani, con una collocazione diversa nella città, a scopo simbolico per cambiare anche la posizione topografica della sede fisica del potere statale. Tale azione di *damanatio memoriae* fu così accurata che la conoscenza dell'esatta ubicazione del Palazzo bizantino è stata riacquisita solo negli scorsi decenni, nella Repubblica laica fatta nascere da Ataturk, grazie a degli scavi archeologici ed alla riemersione di splendidi mosaici policromi dei pavimenti, scampati alle demolizioni.

Solo i frammenti del pensiero filosofico, scientifico e dell'insegnamento, in genere, dei dotti bizantini, funzionali alle esigenze dell'occupante, furono filtrati ed acquisiti, con somma, meticolosa attenzione e superbo distacco, dalla cultura ottomana. Appare evidente che si è trattato di un processo di assimilazione "metabolica", culturale, ben più blando e superficiale, di quello verificatosi a Roma dopo la conquista della Grecia classica. L'ammirazione espressa, a titolo esemplificativo, dall'imperatore Adriano nei confronti della civiltà greca, testimoniato dalla costruzione di una importante biblioteca nella curatissima Atene romana, contenitore perfetto di tale sapere millenario, non fu purtroppo riproposto dai regnanti Maomettani.

La stessa Basilica di Santa Sofia ne è celeberrima testimonianza. Le enormi volte offerte alla vista erano e sono stupefacenti. La sua trasformazione in Moschea, avvenuta ricoprendo i meravigliosi mosaici in pasta vitrea ed oro ed erigendo dei minareti, sembrò una soluzione valida per usufruire di una struttura colossale. Il significato simbolico di natura religiosa ed identitaria dell'imponente edificio era, in tal modo, perfettamente ribaltato e fatto oggetto di tangibile conquista ideale e di fatto, alla verità del Profeta.

La vittoria militare si completava sublimandosi in quella religiosa ed identitaria.

Un simbolo del potere imperiale e religioso bizantino era scomparso, per l'immaginario collettivo dei cittadini di Costantinopoli, sostituito radicalmente dalla nuova immagine del paradigma della fede islamica. I sopravvissuti alla violenza bellica, rimasti entro il vasto perimetro delle antiche mura cittadine, che ora li racchiudeva e non più proteggeva, anzi l'inverso, dovevano cedere psicologicamente e senza riserve, almeno nell'immediatezza dei fatti, al nuovo modello culturale loro imposto come assoluto.

Molti degli antichi abitanti bizantini che avevano perso il loro *status* di uomini liberi dovevano necessariamente mutare il loro modo di apparire e di vestirsi, adeguandosi all'abbigliamento prevalente. Anche le loro mansioni e professionalità, a volte di nicchia, dovevano rendersi funzionali e utili alle mutate esigenze della città. In questa prospettiva di forte omologazione, tuttavia, anche grazie alla stipula di trattati commerciali e di pace, facevano eccezione le colonie di mercanti genovesi e veneziani, che si stabilirono insieme alle loro merci e ai ricchi traffici, in alcuni quartieri della Sublime Porta, come, ad esempio, presso la famosa torre di Galata.

Certo, all'iniziale meccanica imposizione di nuovi modelli culturali, subentrò rapidamente, sostenuta dalla forza delle immagini e dell'ingombrante passato, l'accoglimento, in particolare nelle arti e nell'artigianato, di numerosi stilemi classici, eredità bizantina sopravvissuta, in modo sorprendente fino ai giorni nostri e commercializzata, anche agli odierni turisti, nello splendido Gran Bazar della Istanbul, di oggi.

L'orologio della storia ha una velocità diversa, in relazione alle diverse parti del mondo, in cui girano le sue lancette.

In terra turca, fino a pochi anni fa, il tempo scorreva molto più lentamente rispetto all'impennata vissuta dall'Europa nel secondo dopoguerra e nel dopo '68, frenato dal profondo rispetto dei costumi e dei comportamenti legati all'osservanza dei precetti religiosi.

Ora, nonostante le recenti linee politiche revisioniste, adottate dalle subentrate compagini governative, la dirompente forza delle immagini legate alle libertà formali e sostanziali, proveniente dall'occidente, ha impresso una velocità inconsueta quanto iperbolica al mutare delle cose.

Persino, le tanto celebrate raffinate tecniche del cesello degli argentieri e degli orafi del Gran Bazar, forme ed archetipi tramandati senza interruzione dal mondo romano, si appiattiscono, in pochissimi anni, sui rozzi standard commerciali, dettati dalla globalizzazione e dalla logica della sciatta produzione di serie, svanendo irrimediabilmente insieme all'opera delle generazioni di abili artigiani che li hanno realizzati, spesso riconoscibili, in modo suggestivo, dai loro tratti marcatamente europei. Lo stesso utilizzo delle tarsie marmoree, dei marmi preziosi e colorati, dei mosaici sfavillanti di oro e paste vitree, impiegati nelle residenze imperiali e negli edifici pubblici romani fu elaborato ed assimilato dall'arte islamica dei secoli successivi. Anche le Moschee più importanti, a partire da quelle di Damasco e di Gerusalemme, incorporavano i materiali, le tecniche costruttive, le soluzioni estetiche ed architettoniche in uso nella Roma dei Cesari.

La forza evocativa dell'arte, delle immagini, possiede *in re ipsa* la capacità di superare ogni ostacolo nella comunicazione tra culture diverse e di originare nel tempo nuove identità culturali.

Inoltre, il dominio e l'amministrazione degli immensi territori, realizzato dai solerti funzionari dell'impero ottomano, ha lasciato esempi di perfetta fusione tra il diritto giustinianeo e le regole islamiche.

In tal senso, lo stesso diritto ottomano dell'ottocento, è posto alla base del trattato internazionale che, ancora oggi, disciplina saldamente e con efficacia il riparto di competenze e prerogative tra le diverse chiese cristiane, all'interno della Basilica del Santo Sepolcro di Gerusalemme.

Naturalmente l'opera rivoluzionaria di Mustafa Kemal Ataturk, incomparabile statista e primo Presidente della Turchia moderna, ha proiettato con grande energia politica e civile, lo scorso secolo, la Repubblica nella modernità e nell'era contemporanea.

L'immaginario collettivo e le istituzioni sono divenuti repentinamente di carattere europeo, seppur conservando la natura di prodotto culturale di una autorevole potenza regionale, posta a cerniera tra l'occidente e il complesso ed, in questi ultimi anni, gravemente disarticolato scacchiere mediorientale.

L'ingresso nell'Unione europea, in questa prospettiva identitaria, appartiene ad un altro e diverso piano di analisi.

2. L'ipotesi esemplificativa di Atene: dalle scuole filosofiche, attraverso la cultura romana classica, alla loro soppressione costantiniana e dall'occupazione ottomana all'indipendenza ottocentesca

«1. Sia benedetto Colui che ti affidò la tutela dei Suoi servi, provvedendo, tramite te, mercedi e grazie per l'Islam! 2. Quante città di infedeli raggiungi la mattina, la sera sei già padrone delle loro vite! 3. Giogo di prigionieri loro imponi e nei tuoi domini ti servono e costruiscono per te palazzi…»[4].

Questi versi emblematici sono tratti da una poesia celebrativa, istoriata sulle pareti del Portico Nord dell'Alhambra di Granada, in Spagna, allo scopo di rendere visibili in modo continuo e manifesto alcuni dei parametri comportamentali e di governo nella sontuosa residenza regale, in una terra allora orgogliosamente di confine con la cristianità.

Tuttavia, questa prospettiva di profonda incisione sull'assetto identitario delle popolazioni di fede cristiana in territori oggetto di conquista da parte dell'Islam non deve indurci a ritenere tale *modus operandi* esclusivo di tale confronto religioso o della parte islamica.

[4] J.M. PUERTA VILCHEZ, *Leggere l'Alhambra*, Granada, 2011, pag.101.

Atene, infatti, rappresenta un laboratorio, *in vivo*, di carattere straordinariamente esemplificativo, per quanto attiene, sia alle attività di conversione religiosa forzosa sia alla rimozione radicale delle identità culturali, del patrimonio immateriale, delle tradizioni educative e della vita civile.

Procedendo ad una rapida disamina storica, è l'illustre e insuperabile Accademia ateniese a subire il primo oltraggio. La soppressione delle antiche scuole filosofiche, vanto indiscusso e fondamenta del pensiero razionale dell'occidente, avviene ad opera degli imperatori cristiani.

«Si aggiravano come se fossero dei fantasmi. Era un gruppo di sette uomini che nel 532 d.C. lasciò Atene, portando con sé opere di filosofia e poco altro. Tutti erano membri di quella che era stata la scuola di filosofia più celebre dell'intera Grecia, l'Accademia. I filosofi dell'Accademia facevano risalire con orgoglio la loro storia indietro nel tempo ininterrottamente fino a Platone, quasi un millennio prima […] questi uomini stavano abbandonando non solo la loro scuola ma lo stesso Impero romano. […] le abitazioni venivano perquisite alla ricerca di libri e di oggetti ritenuti inaccettabili. Nel caso fossero trovati, sarebbero stati rimossi e bruciati in trionfali falò che si tenevano nelle piazze delle città.

Le discussioni pubbliche sulle questioni religiose erano state etichettate come vergognose insolenze e vietate per legge. Secondo la legge, chiunque avesse sacrificato agli antichi dei poteva essere giustiziato. In tutto l'impero gli antichi e magnifici templi erano oggetto di violenze, i loro tetti divelti, le ricchezze che contenevano fuse e le statue distrutte. [5] *Per assicurarsi che le leggi fossero osservate, il governo iniziò ad impiegare spie, Ufficiali e informatori, i quali facevano regolare rapporto su quanto avveniva nelle strade, nei mercati e dietro le porte delle abitazioni private. […]* – Nel 529 d.C. l'imperatore Giustiniano dispose la confisca dei beni delle scuole filosofiche e l'insegnamento fu precluso ai non cristiani – *chiunque non fosse stato battezzato doveva recarsi immediatamente presso le sante chiese, pena la condanna all'esilio. E se qualcuno si fosse fatto battezzare solo per poi ricadere nell'errore e nelle vecchie abitudini pagane, sarebbe dovuto essere giustiziato»*[6]*.*

Un ulteriore importante fattore della veloce decadenza ateniese è rappresentato anche dal suo ruolo politico, poiché a seguito della costituzione della capitale del neocostituito impero romano d'oriente, Costantinopoli, Atene, divenuta improvvisamente sede periferica, perde, per sempre, il suo carattere di grande città cosmopolita, di riferimento civile e filosofico, non solo per la Grecia, ma l'intero Mediterraneo.

Interessante osservare che gli stessi giochi olimpici sono vietati dall'imperatore, nel 393 d.C., il cui spirito e significato universale di incontro e di *"sospensione delle ostilità*", *ekecheirìa*, ha caratterizzato la vita, inizialmente delle sole, *pòleis* greche, per tanti secoli, poi di gran parte dell'impero.

[5] Già un decreto di Teodosio II aveva disposto, nel 435, la chiusura definitiva degli antichi templi e dei culti pagani.

[6] Un ricco catalogo di cronache e di analisi su tali attività di coartazione ed erosione delle libertà civili dei *cives romani,* in tutte le regioni dell'impero ancora esistenti, da quella del libero pensiero a quella religiosa, nei secoli intercorrenti dal III al X, è offerto anche dal recente testo scientifico redatto da: Catherine NIXEY, *Nel nome della Croce. La distruzione cristiana del mondo classico*, Torino, 2018, pag.19, 20 e 21. La stessa *auctoritas* romana legittimava l'abbandono alla distruzione e al riutilizzo di materiali e spazi dei centri monumentali pubblici e privati dell'Urbe: fori, terme e basiliche, edificati nel corso dei secoli aurei in simbiosi con i templi ed i culti pagani, erano ormai luoghi da dimenticare e distruggere. Solo ciò che poteva essere riconvertito alla nuova fede, dalle raffinate mastodontiche costruzioni in marmo alle pergamene da raschiare per una santa sovrascrittura, doveva sopravvivere, comunque, sempre opportunamente adattato alla nuova religione di Stato. A tale diffuso e legittimato *incipit* distruttivo, seguirono secoli di devastazioni perpetrate da invasori e dal sistematico riutilizzo di ogni materiale avente un valore economico e nessun obbligo di rispetto. In tal modo, migliaia di splendide statue, greche e romane, originali o semplici copie ma ritraenti divinità pagane, furono trasformate in calce o fuse in rozzi lingotti di metallo. Pochissimi, infatti, ad esempio, sono gli esemplari di gruppi equestri in bronzo giunti fino a noi. Tuttavia, dal rifiorire dell'età dell'Umanesimo e del Rinascimento le cose cambiano e le garanzie legali assicurate alle scarnificate testimonianze sopravvissute dell'arte classica progressivamente si rafforzano.

In particolare, i giochi Panatenaici o Panatenee che si svolgono ad Atene presentano anche una componente di competizione letteraria ed artistica: il loro carattere di mediazione e di intensa composizione delle disarmonie tra le parti, seppur temporaneo, risulta essere anche allora evidente.

Successivamente, infatti, il mondo romano accoglie e contribuisce attivamente allo svolgimento di queste celeberrime competizioni atletiche, persino, con il singolare slancio delle stravaganti vittorie di Nerone o con le molto più sobrie e composte partecipazioni alle gare degli imperatori Tiberio e Germanico. La sacralità degli eventi agonistici e della neutralità dei luoghi ove si svolgevano è un importante binomio umanitario celebrato, con diffusa consapevolezza e condivisione, durante tutta l'antichità classica[7].

Nel 1204 la città transita sotto la dominazione dei crociati, di rito latino, e soggiace alla riduzione a semplice rango provinciale di ducato. Nell'arco di due secoli e mezzo Atene subisce *de facto*, in successione di tempo, la sovranità dei duchi francesi de la Roche e de Brienne (1204-1311), dei catalani (1311-1387), dei fiorentini Acciaiuoli (1388-1394), dei veneziani (1394-1402) e, infine, nuovamente dei fiorentini (1402-1456).

La fisionomia architetturale dell'Acropoli è alterata profondamente con la costruzione di mura e di torri che inglobano molti dei monumenti antichi. Il duca Neri I riduce i maestosi Propilei a un edificio di stile fiorentino e il Partenone, degrada alla funzione di pertinenza accessoria ovvero di cattedrale di questo tristemente mutato complesso urbanistico, il cosiddetto *Castel de Setines*. L'Acropoli ha assunto le sembianze e la funzione di semplice roccaforte.

Nel 1456, quando Atene cade di fronte all'avanzata turca, il processo di omologazione culturale e religiosa è perfettamente compiuto ma la prospettiva di cambiamento coattivo si propone di nuovo e con rinnovata violenza impositiva.

Dalla libera filosofia speculativa offerta dall'Accademia si transita all'osservanza ortodossa imposta dai bizantini, mentre con le truppe latine, vi si conforma ai precetti della chiesa cattolica e del papa di Roma, e, ora, alla fede cristiana subentrano i costumi e i dettami islamici.

Con la conquista turca, l'acropoli di Atene, una volta cuore pulsante della vita politica e filosofica dell'età classica, è definitivamente separata dal resto della città, con l'erezione di ulteriori mura e fortilizi, costruiti di nuovo con marmi e pietre provenienti dalle rovine e dai monumenti già alterati. La cesura più significativa, sul piano etnico ed identitario, è data dall'essere occupata esclusivamente dagli occupanti ottomani. L'Eretteo ospita l'harem del Sultano ed il Partenone, in precedenza trasformato in chiesa di Santa Sofia e, poi, della Madonna Atheniotissa, diviene Moschea.

Successivamente, in occasione di una spedizione veneziana guidata dal futuro doge Francesco Morosini, il Partenone è trasformato, in parte, in deposito delle polveri da sparo. Nel 1687, dunque, un colpo di bombarda veneziana centra tale polveriera devastandolo e distruggendo completamente il tetto, miracolosamente preservatosi nei secoli e nelle numerose dominazioni.

---

[7] Mario PESCANTE, *La storia dei Giochi Olimpici*, in *Olimpiadi antiche*, in Enciclopedia dello Sport, 2004. In tal senso, l'enorme portata di caratura umanitaria di tali eventi risulta essere macroscopica ed attuale anche ai nostri giorni. Il significato imperituro di pacificazione tra le parti è ripreso nell'odierna età moderna e contemporanea, seppur con tutti i suoi limiti, emersi tragicamente più volte, già dallo scorso secolo: *"Alla tregua olimpica così intesa come espressione simbolica di un armistizio di pace legato a una celebrazione sportiva si rifece Pierre de Coubertin, per il quale uno dei motivi ispiratori dell'idealismo olimpico da lui rifondato e rinnovato era quello di dare con la riorganizzazione dei Giochi Olimpici un contributo alla comprensione tra i popoli e alla costruzione di un mondo più pacifico. De Coubertin si rese interprete di questo sentimento nel suo discorso radiofonico "I fondamenti filosofici del moderno spirito olimpico", tenuto alla vigilia dei Giochi di Berlino del 1936, in cui riferendosi al clima politico dell'epoca che preannunciava la tragedia culminata nello scoppio della Seconda guerra mondiale, dichiarò con enfasi: "l'Umanità sarebbe felice se, come ai tempi dell'antica Grecia, nel mezzo di una guerra, gli eserciti nemici interrompessero per un momento le loro battaglie, per celebrare e onorare i Giochi Olimpici". I principali teorici dell'olimpismo moderno hanno cercato anch'essi di accreditare l'intento pacificante delle Olimpiadi, ricordando che le feste di Olimpia erano al servizio di un'idea di pace che trovava la propria esaltazione nell'ekecheirìa".*

In tal modo, i luoghi pubblici e monumentali che avevano visto la presenza di Pericle, Socrate, Senofonte o Tucidide e che avevano già cambiato destinazione d'uso, ospitano le abitazioni private di circa ben trecento famiglie, tassativamente di sola e univoca etnia turca.

La dominazione ottomana, interrotta solo dall'occupazione veneziana del 1466 e del 1687, si protrae fino al 1822. I turchi, tornati nel 1827, devono abbandonarla definitivamente nel 1833. Il 18 settembre 1834, Atene diviene finalmente capitale del Regno indipendente di Grecia.

Durante la seconda guerra mondiale è occupata dalle truppe della Germania nazista e diviene sede dell'amministrazione italiana. È liberata il 13 ottobre 1944.

3. L'anacronismo della *debellatio* e il sistema convenzionale di diritto umanitario: la tutela delle identità culturali quale strumento di contrasto del terrorismo internazionale

L'odierno quadro normativo delineato dal vigente sistema convenzionale di diritto umanitario rende evidente il completo superamento di tali prospettive attinenti alla rimozione coattiva di modelli ed identità culturali[8].

Già l'art. 2, para 4, della Carta delle Nazioni Unite aveva disposto tacitamente una assoluta cancellazione dell'istituto giuridico della *debellatio,* quale soppressione completa della personalità di diritto internazionale di uno Stato, mediante l'utilizzo della violenza bellica, sostenuta dall'*animus bellandi,* ovvero con la dichiarata intenzione di annullare l'identità di tale comunità indipendente, su un territorio sottoposto ai propri autonomi ed effettivi poteri sovrani.

I modelli normativi fissati, alla data odierna, per la protezione di popolazioni civili, sottoposte all'instabilità di conflittualità armate, interne ed internazionali, sono chiaramente configurati.

Operare per la protezione e progettazione della salvaguardia del patrimonio culturale materiale e immateriale, delle identità culturali legate a minoranze etniche, nonché per la promozione del pluralismo culturale; in particolare, nelle ipotesi: di conflitti armati, internazionali o interni o successivamente alla loro conclusione e di gravi disastri ambientali naturali o indotti dall'azione dell'uomo.

Contribuire alla valutazione della gestione del rischio e delle emergenze e alla definizione di piani per la protezione e per l'intervento di recupero e conservazione del patrimonio culturale e delle espressioni materiali ed immateriali delle popolazioni.

Le situazioni di grave compromissione dei diritti umani di interi gruppi etnici, dalla Siria al composito scacchiere dell'estremo oriente, implicano l'adozione e l'applicazione di un adeguato complesso di strumenti giuridici e di norme internazionali, non a caso, configurate recentemente e prontamente ratificate anche dall'Italia, introducendo nell'ordinamento i preziosi vincoli normativi e di esecuzione, volti all'attuazione concreta dei principi astratti.

A mero titolo esemplificativo, citiamo la rilevanza per l'appartenenza identitaria delle popolazioni stanziate sul territorio, dei recenti scavi archeologici condotti a Gerusalemme, in un'area adiacente al "Muro del pianto" da *team* misti israelo-europei, volti a dare diretta testimonianza storica alla risalente presenza ebraica sul sito. Analoga importanza hanno i programmi di restauro e salvaguardia condotti da anni presso Gerico in Palestina da studiosi palestinesi ed italiani, nell'ambito di un programma di cooperazione bilaterale promosso dalla Farnesina.

[8] In particolare: la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, del 20 ottobre 2005, firmata a Parigi; legge di ratifica italiana n. 19, del 19 febbraio 2007; e la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, firmata a Parigi il 17 ottobre 2003; legge di ratifica italiana n. 167, del 27 settembre 2007.

Essi evidenziano la rilevanza valoriale della protezione dei beni culturali, in aree drammaticamente alla ribalta per conflittualità armata e mancanza di dialogo interculturale[9].

In questo scenario di assoluta incomprensione, confronto di forza e mancanza di una reale comunicazione tra le parti, la protezione delle espressioni identitarie, storiche ed artistiche potrà e dovrà assumere rilevanza nobilmente strumentale.

Dunque, cultura come prezioso e formidabile strumento di dialogo, di efficace apertura intellettuale, di ricerca storica, di applicazione di nuove tecnologie d'avanguardia.

L'arte islamica può e deve divenire un formidabile grimaldello di persuasione sociale anche nei confronti delle giovani generazioni dei Paesi appartenenti all'Islam, e non solo del Medio Oriente, allontanandoli anche idealmente dalla brutalità iconoclasta dell'ISIS.

[9] *"Seminar Turning Culture into Sustainable Development: Italian-Palestinian Cooperation in the Protection of Cultural Heritage";* Ministry of Foreign Affair and International Cooperation; Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, International Conference Hall, Roma, 9 novembre 2017. In tale contesto di garanzia identitaria, emergono, ad esempio, gli interventi di Osama HAMDAN, Mosaic Centre of Jericho, di Issam JUHA, Centre for Cultural Heritage Preservation of Bethlehem e di Father Stephane MILOVITCH, Custody of the Holy Land.

Documentazione e giurisprudenza dell'Unione Europea

a cura di Susanna Fortunato

Misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani

di *Susanna Fortunato*

Il varo della Rubrica dedicata al diritto dell'Unione europea avviene con la pubblicazione di due atti normativi che costituiscono una tappa storica per il processo di integrazione europea, ovvero l'adozione di un regime generale di sanzioni per le violazioni dei diritti umani.
Sono riportati i testi normativi pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, accompagnati da alcune brevissime note di lettura, il cui scopo è esclusivamente quello di porre in evidenza i tratti salienti della nuova disciplina, senza, dunque, alcuna pretesa di completezza.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Ambito oggettivo di applicazione. – 3. Apparato sanzionatorio. – 4. Ambito soggettivo di applicazione. – 5. Procedimento di applicazioni delle decisioni. – 6. Note conclusive.

1. Introduzione

Nel settembre 2020, la Presidente della Commissione Von Der Leyen, nel suo Discorso annuale sullo stato dell'Unione[1], aveva chiaramente espresso l'intenzione di attivarsi con l'obiettivo di garantire che l'Unione, si trattasse di Hong Kong, Mosca o Minsk, fosse in grado di prendere posizione chiaramente e rapidamente: "l'Unione deve reagire in maniera più ferma agli eventi che si verificano sul panorama internazionale".

Una dichiarazione il cui contenuto sostanziale, a sua volta, si iscrive pienamente tra gli scopi già enunciati nel c.d. Piano d'azione in favore dei diritti dell'uomo e della democrazia 2020-2024, oggetto di una comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza adottata il 25 marzo 2020 e contenente una proposta di raccomandazione, sulla quale il Consiglio ha trovato un accordo nelle conclusioni del 18 novembre 2020 (documento Consiglio n. 12848/20).

Alcune delle indicazioni circa le azioni prioritarie contenute in quel piano trovano realizzazione oggi proprio nell'approvazione, nel dicembre 2020, di una decisione PESC (decisione PESC 2020/1999 del 7 dicembre 2020, GUUE L 410I del 7 dicembre 2020, di qui in avanti citata come "Decisione PESC), accompagnata da un regolamento dell'Unione adottato ex art. 215 TFUE (regolamento del Consiglio (EU) 2020/1998 del 7 dicembre 2020, GUUE L 410I del 7 dicembre 2020, di qui in avanti citato come "il Regolamento UE") allo scopo di realizzare un sistema generale di sanzioni per violazione dei diritti dell'uomo.

Com'è noto, in estrema sintesi, il tema delle sanzioni imposte dall'Unione per violazioni o abusi di diritti umani rientra tra gli obiettivi enunciati all'art. 21 TUE a proposito dell'azione esterna dell'Unione e trova la sua disciplina nel Titolo V, cap. 2 TUE, dedicato in modo particolare al settore della Politica estera e di sicurezza comune.

Il Consiglio, secondo quanto stabilito dall'art. 29 TUE, adotta una decisione contenente le misure restrittive, la cui attuazione è rimessa sia all'Unione che agli Stati membri.

Misure quali embarghi sulle armi o restrizioni all'ammissione sono attuate direttamente dagli Stati membri, che sono tenuti giuridicamente ad agire conformemente alle decisioni PESC del Consiglio. Altre misure che interrompono o riducono, parzialmente o totalmente, le relazioni economiche con un paese terzo, comprese misure di congelamento dei fondi e delle risorse economiche, sono attuate mediante un regolamento adottato dal Consiglio che delibera a

[1] State of the Union Address by President von der Leyen at the European Parliament Plenary, Brussels (Sept. 16, 2020), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/SPEECH_20_1655.

maggioranza qualificata su proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione, così come previsto dall'art. 215 TFUE[2].

Fino ad oggi, più del 90% delle misure restrittive varate dall'Unione per violazioni dei diritti dell'uomo, che, a loro volta, coprono i due terzi delle sanzioni complessivamente inflitte dall'Unione, sono state caratterizzate da contesti di applicazione territoriale ben precisi (Iran, Turchia, Russia, Venezuela, Siria etc.), sebbene i destinatari non siano stati sempre e necessariamente le autorità governative del Paese in questione.

Parallelamente alle norme citate, è bene sottolineare che l'ordinamento dell'Unione già da tempo prevede anche altri sistemi sanzionatori rivolti a singoli individui o entità, ma limitatamente ad alcune materie.

A questo proposito, va citato *in primis* il sistema di sanzioni concentrato sugli individui e sulle entità considerati disgiuntamente dall'area geografica in cui essi agiscono per finalità di lotta al terrorismo o alle attività connesse: ci si riferisce alla disposizione di cui all'art. 75 TFUE che, alla luce degli scopi perseguiti nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, consente di adottare misure quali il congelamento dei capitali, dei beni finanziari e dei proventi economici di persone fisiche o giuridiche o di gruppi o entità non statali.

Altri regimi sanzionatori di carattere mirato sono stati adottati di recente utilizzando proprio le basi giuridiche offerte dalla Politica estera e di sicurezza comune, ma ancora una volta con riferimento esclusivo ad alcuni settori specifici: l'utilizzo delle armi chimiche[3], i cyberattacchi[4], o la lotta internazionale al terrorismo[5].

Anche l'adozione del nuovo pacchetto normativo in tema di sanzioni per violazione dei diritti dell'uomo si inserisce nella tendenza sempre più marcata verso l'adozione di questo genere di sanzioni più mirate (c.d. smart sanctions o mesures ciblées) e quindi più incisive, in quanto rivolte direttamente ai soggetti responsabili delle violazioni e non ad un territorio particolare o ad un Paese terzo. Esso, tuttavia, si prefigge un obiettivo ancor più ambizioso: dar vita ad un regime concentrato sì sui singoli individui, ma di carattere generale, che consenta all'Unione di intervenire più rapidamente ed efficacemente, ottenendo al contempo due risultati di non poco momento: la tutela più diretta e immediata delle stesse vittime di tali violazioni; l'esclusione dal mirino delle sanzioni della popolazione civile dei Paesi cui appartengono i soggetti responsabili, del tutto incolpevole, che attualmente si trova a dover subire i c.d. "danni collaterali", a volte particolarmente gravosi, ma inevitabilmente connessi alle misure restrittive di carattere geografico.

Per di più, l'assenza di qualsiasi collegamento con il territorio di uno Stato terzo o con una grave crisi internazionale geograficamente localizzata presenta un ulteriore vantaggio ovvero quello di raggiungere il destinatario della sanzione in qualunque parte del mondo egli si trovi.

In realtà, la *ratio* ispiratrice sulla quale l'Unione ha basato l'intervento normativo in discussione trae spunto da un primo esperimento in questo senso condotto oltre oceano, precisamente negli Stati Uniti, costituito dal c.d. Global Magnitsky Act del 2016. Il contenuto di questa legge prende le mosse a sua volta dal c.d Sergey Magnitsky Rule of Law Accountability Act

[2] Sul punto, molto importanti V. anche due documenti elaborati dal Consiglio, oggetto di revisione nel 2018: EU Sanctions Guidelines, Council of the European Union, Brussels, doc. Consiglio n. 5664/18, e EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measure, doc. Consiglio n. 8519/18.

[3] Council Decision (CFSP) 2018/1544, EU restrictive measures against the proliferation and use of chemical weapons; Council Regulation (EU) 2018/1542, EU restrictive measures against the proliferation and use of chemical weapons

[4] Council Decision (CFSP) 2019/797, EU restrictive measures against cyberattacks threatening the Union or its Member States, of 17 May 2019; Council Regulation (EU) 2019/796, of 17 May 2019, EU restrictive measures against cyberattacks threatening the Union or its Member States.

[5] Council Decision (CFSP) 2016/1693 of 20 September 2016 concerning restrictive measures against ISIL (Da'esh) and Al-Qaeda and persons, groups, undertakings and entities associated with them and repealing Common Position 2002/402/CFSP; Council Regulation (EU) 2016/1686 of 20 September 2016 imposing additional restrictive measures directed against ISIL (Da'esh) and Al-Qaeda and natural and legal persons, entities or bodies associated with them.

del 2012, adottato dal Congresso statunitense al fine di infliggere sanzioni economiche e personali a funzionari russi responsabili degli abusi, della tortura e della morte inflitti per l'appunto a Sergey Magnitsky, avvocato russo, colpevole solo di aver denunciato una frode fiscale di dimensioni ragguardevoli, nella quale risultavano implicati vari alti funzionari dell'amministrazione russa.

In seguito, nel 2016, l'amministrazione statunitense ha ritenuto di poter utilizzare lo stesso schema per dar vita ad uno strumento normativo di carattere generale (il Global Magnitsky Act, per l'appunto[6]) che consente agli Stati Uniti di imporre divieti di transito e di soggiorno nonché il congelamento dei beni nei confronti di qualsiasi individuo, di cittadinanza straniera, sospettato non solo di episodi corruttivi di una certa rilevanza (come avvenuto nel caso che ha riguardato l'avvocato russo), ma anche di gravi violazioni dei diritti dell'uomo intesi in senso più ampio.

Sulla scia del modello inaugurato negli Stati Uniti vari altri Stati nel mondo hanno adottato legislazioni analoghe, anche se non identiche, tra cui Canada, Regno Unito e le tre Repubbliche baltiche (Lettonia, Estonia e Lituania, attualmente un progetto simile è in corsi di approvazione anche in Giappone).

Non è un caso, quindi, che anche all'interno dell'Unione la discussione sul tema abbia avuto inizio proprio negli anni immediatamente successivi al Global Magnitsky Act, ovvero nel 2018, su impulso del governo olandese, fortemente appoggiata dal Parlamento europeo, che si era già più volte espresso in merito[7]. La lunga negoziazione che ne è seguita ha trovato un punto d'approdo nell'ottobre del 2020 in una proposta congiunta dell'Alto Rappresentante dell'Unione e della Commissione riguardante il pacchetto normativo dei due atti, elaborata a seguito di un'ampia discussione all'interno del Consiglio Affari esteri (9 dicembre 2019), approvata in via definitiva dallo stesso Consiglio il 7 dicembre 2020.

2. Ambito oggettivo di applicazione

Il novero delle fattispecie rispetto alle quali il nuovo meccanismo sanzionatorio entra in azione è piuttosto vasta e risulta articolata in tre categorie (art. 3, par. 1, lett. a-d, Decisione PESC):

- La prima categoria riguarda i crimini la cui sussistenza, considerata la gravità, di per sé è motivo di applicazione delle sanzioni (genocidio, crimini contro l'umanità);
- La seconda categoria racchiude fattispecie per le quali l'applicazione delle sanzioni è condizionata alla presenza di "gravi violazioni o gravi abusi" (tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti; schiavitù; esecuzioni e uccisioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie; sparizione forzata di persone; arresti o detenzioni arbitrari);
- La terza categoria racchiude fattispecie per le quali l'applicabilità delle sanzioni è condizionata dalla presenza di violazioni o abusi ancor più caratterizzati, ovvero che siano 1) diffusi, sistematici o comunque motivo di seria preoccupazione; 2) siano compatibili con gli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune stabiliti dall'art. 21 TUE. La norma di cui all'art. 3, par. 1, lett. d) prevede in quest'ultimo caso un'elencazione non esaustiva di fattispecie (tratta di essere umani, violenza sessuale e di genere; violazioni o abusi della libertà di riunione pacifica e di associazione; violazioni o abusi della libertà di opinione e di espressione; violazioni o abusi della libertà di religione o di credo), che non esclude, dunque, che se ne rinvengano delle altre, purché siano rispettate le condizioni sopra indicate.

L' evidente ampiezza e l'indeterminatezza di alcuni termini utilizzati nel quadro definitorio sopra descritto (ad es. a proposito della nozione di "grave violazione" o di "violazione diffusa e

[6] S.284 - Global Magnitsky Human Rights Accountability Act114th Congress (2015-2016).

[7] V., da ultimo, European Parliament resolution of Mar. 14, 2019, on a European human rights violations sanctions regime, 2019/2580 (RSP), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0215_EN.html.

sistematica"), punto focale sul quale si misurerà, in buona sostanza, l'efficacia e l'efficienza del nuovo sistema sanzionatorio, è in parte mitigato dal richiamo operato dall'art. 2 della Decisione PESC al diritto internazionale consuetudinario nonché a "strumenti di diritto internazionale ampiamenti accettati". Sempre all'interno dell'art. 2 cit., quest'ultimo rinvio è oggetto di ulteriore approfondimento mediante un elenco di detti strumenti, che racchiude riferimenti incrociati sia al diritto internazionale umanitario che al diritto internazionale dei diritti dell'uomo.

Il dato che maggiormente colpisce l'attenzione in ordine alla definizione dell'ambito oggettivo di applicazione è l'assenza di qualsiasi riferimento a ipotesi di corruzione di una certa rilevanza, contrariamente a quanto previsto nella Legge Magnitsky statunitense sopracitata. Ciò non deve indurre a ritenere che ipotesi del genere non siano in nessun caso sanzionabili da parte dell'Unione. A questo proposito, infatti, giova rammentare che nulla esclude che esse formino oggetto di misure restrittive per paese varate ex art. 29 TUE, come del resto già accaduto in passato (un caso in questo senso sono le sanzioni irrogate ad alcuni cittadini ucraini responsabili non solo di violazioni di diritti umani in Ucraina, ma anche di appropriazione indebita di fondi statali ucraini: dec. 2014/119/PESC, 5 marzo 2014 e regolamento (UE) 208/2014 del 5 marzo 2014, ambedue in GUUE L 66/2014).

3. Apparato sanzionatorio

Nel novero delle sanzioni applicabili ai sensi del nuovo regime rientrano: il divieto di ingresso o transito sul territorio degli Stati membri; il congelamento di tutti i fondi e delle risorse economiche appartenenti, detenuti o controllati dalle persone fisiche o giuridiche direttamente coinvolte nelle violazioni o che siano semplicemente associate ad esse.

In ossequio ad uno degli scopi perseguiti dall'Unione, ovvero di evitare nella misura più ampia possibile ricadute negative delle sanzioni irrogate rispetto alla popolazione civile, la loro applicazione può essere condizionata dalla sussistenza di una serie ipotesi di deroga, il cui accertamento è rimesso agli Stati membri, previa comunicazione tempestiva al Consiglio.

Il novero dei casi è particolarmente ampio con riferimento alle misure restrittive di carattere economico, in cui rientrano, da un lato, come generalmente avviene negli atti dell'Unione che stabiliscono sanzioni individuali, quelle legate al soddisfacimento delle necessità personali o familiari dei soggetti sanzionati (art. 3, decisione PESC). Dall'altro lato, è importante sottolineare la previsione di una specifica c.d. "clausola derogatoria umanitaria" (art. 4, Decisione PESC e art. 5 regolamento UE), che consente agli Stati di autorizzare lo sblocco dei fondi e delle risorse economiche congelate laddove ciò sia necessario per scopi umanitari "come prestare o facilitare le prestazioni di assistenza, comprese forniture mediche, cibo o trasferimento di operatori umanitari e relativa assistenza, o per evacuazioni".

4. Ambito soggettivo di applicazione

Dal punto di vista dei soggetti destinatari delle misure restrittive, l'art. 1, par. 3 della decisione PESC fa riferimento a: soggetti statali; altri soggetti che esercitino un controllo o un'autorità effettivi su un territorio; a soggetti non statali. In relazione a questi ultimi, il par. 4 dello stesso art. 1, impone al Consiglio di tener conto di due elementi specifici: gli obiettivi della politica e di sicurezza comune così come indicati all'art. 21 TUE, nonché la gravità e/o l'incidenza degli abusi. Una previsione destinata ad influire in maniera rilevante sul grado di approfondimento e di precisione richiesti nella stesura delle motivazioni poste a base dei relativi atti PESC.

Con riferimento, in particolare alle sanzioni restrittive di carattere economico, è opportuno precisare che, collegati ad esse, sono previsti obblighi altrettanti stringenti a carico di una platea ben più estesa di soggetti rispetto alla lista di coloro che risultano i diretti destinatari delle misure

restrittive, così come si evince dal combinato disposto di varie disposizioni contenute sia nella Decisione PESC che nel Regolamento UE8. In ambedue i testi normativisi precisa (art. 3, par. 2 decisione PESC, art. 3, par. 2 regolamento UE) che nessun fondo o risorsa economica può essere messo, direttamente o indirettamente, a disposizione dei soggetti che ne sono colpiti. L'art. 10, Regolamento UE, poi, inasprisce ulteriormente gli obblighi a carico di operatori economici che entrino comunque in contatto con i soggetti sanzionati, prevedendo che "è vietato partecipare, consapevolmente e deliberatamente, ad attività aventi l'obiettivo o il risultato di eludere" l'applicazione delle misure restrittive[9].

È compito degli Stati membri, ai sensi dell'art. 16 del Regolamento UE, colpire eventuali violazioni di siffatti obblighi, per così dire, aggiuntivi con sanzioni che siano "effettive, proporzionate e dissuasive": un punto sul quale, in passato, non sono mancate carenze ed equivoci interpretativi di una certa rilevanza, dovute in larga parte alla scarsa cognizione da parte degli stessi Stati membri dell'esatta misura della loro responsabilità su questi temi.

5. Procedimento di adozione delle decisioni

Ai sensi dell'art. 5, Decisione Pesc, il Consiglio decide l'applicazione delle sanzioni a persone o entità redigendo e modificando l'elenco allegato alla stessa Decisione, in cui sono inseriti gli elementi identificativi del soggetto sanzionato nonché i motivi per i quali è stata applicata la sanzione. Il Consiglio delibera all'unanimità, su proposta di uno Stato membro o dell'Alto Rappresentante.

È stata, dunque, respinta la proposta avanzata dall'Alto Rappresentante e largamente appoggiata sia dalla Commissione che dal Parlamento europeo, di prevedere in questi casi la delibera a maggioranza qualificata.

A seguito dell'adozione della decisione PESC, si provvede alla modifica, sempre ad opera del Consiglio anche dell'elenco allegato al Regolamento UE adottato sulla base dell'art. 215 TFUE, per quanto concerne l'applicazione delle sanzioni restrittive di natura economica.

L'originale proposta, per la verità, comprendeva altresì, e si trattava della prima volta in assoluto, un potere della Commissione di controllare più specificatamente l'adozione da parte degli Stati membri di misure adeguate a garantire il rispetto dei divieti di transito e soggiorno: punto sul quale il Consiglio ha dovuto registrare una forte opposizione da parte di alcuni Stati membri, decisi a difendere il compito loro affidato ex art. 29 TUE di essere i responsabili dell'attuazione delle decisioni PESC all'interno dei rispettivi ordinamenti.

6. Note conclusive

Ad uno sguardo complessivo sui testi normativi oggetto della breve analisi sin qui condotta, emergono con tutta evidenza le rilevanti potenzialità che da essi scaturiscono in punto di promozione del ruolo dell'Unione europea come attore principale nella tutela dei diritti dell'uomo sulla scena internazionale, attraverso un sistema sanzionatorio più rapido, più mirato e quindi più efficace.

Trattandosi, poi, di sanzioni prevalentemente rivolte a singoli individui e ad entità piuttosto che ad amministrazioni statali, si prevede che esse saranno in grado di colpire l'impunità di cui godono uomini di stato potenti, che, proprio in virtù delle posizioni ricoperte, riescono agevolmente

[8] Sul quale v. anche il documento esplicativo della Commissione, *Commission Guidance Note on the Implementation of certain Provisions of Council Regulation (Eu)* 2020/1998, C(2020) 9432 final, del 17 dicembre 2020.

[9] A proposito degli operatori economici destinatari degli obblighi indicati, le Note esplicative della Commissione specificano che" they do not create obligations for non-EU operators, unless the business is conducted at least partly within the EU".

a sottrarsi alle maglie della giustizia nei rispettivi regimi totalitari o comunque antidemocratici. Nelle parole di Borrel, attuale Alto Rappresentante dell'Unione, "Troppi responsabili di violazioni dei diritti umani sono convinti che i loro crimini resteranno impuniti. Scardinare questa convinzione è l'obiettivo principale del nuovo regime di sanzioni"[10].

La rilevanza generale assunta dal nuovo pacchetto normativo varato dall'Unione europea, del resto, trova riscontro concreto nell'adesione al modello da esso proposto dimostrata da Stati, formalmente terzi rispetto all'Unione, ma ad essa legati da procedimenti di adesione in corso o da particolari relazioni economiche: Macedonia del Nord, Montenegro, Serbia, Albania, Norvegia, Armenia, Bosnia Erzegovina, Georgia, Islanda, Liechtenstein, Moldavia, Ucraina e Turchia.

Valutazioni altrettanto positive emergono laddove si consideri il nuovo sistema anche all'interno del perimetro più ristretto dell'ordinamento dell'Unione. Per un verso, l'iniziativa normativa intrapresa ha l'indiscutibile pregio di rimettere prepotentemente al centro dell'azione esterna dell'Unione (art. 21 TFUE), la tutela dei diritti dell'uomo. Per altro verso, la messa a punto di un unico quadro giuridico applicabile alle varie fattispecie concrete consente di abbandonare, almeno per i temi considerati dal nuovo regime, quel ben più problematico approccio "caso per caso", fin qui seguito per le sanzioni comminate per paese, che ha reso necessario creare ogni volta una cornice giuridica specifica per ogni caso particolare e, quindi, un accordo politico specifico, con evidenti conseguenze positive in termini di maggiore brevità dei tempi di approvazione degli atti normativi.

Gli innumerevoli pregi attribuibili al nuovo testo normativo varato dall'Unione europea fin qui sommariamente descritti non riescono, tuttavia, ad eliminare le numerose criticità che ancora permangono e che creano dei pericolosi coni d'ombra che si allungano su di esso sotto il profilo sia interpretativo sia più strettamente applicativo. Senza nessuna pretesa di completezza, dato il carattere breve delle presenti note, si farà riferimento alle questioni dubbie di maggiore rilevanza.

Dal punto di vista interpretativo, i punti di maggiore criticità, come già accennato in precedenza, si concentrano principalmente sull'estrema genericità di alcuni termini utilizzati nella demarcazione delle fattispecie che, in quanto ricadenti nel campo di applicazione delle norme in discussione, legittimano l'applicazione di sanzioni restrittive: ci si riferisce in particolare alla definizione di "grave abuso o violazione" o a quella di "abusi o violazioni diffusi e sistematici".

Ulteriori questioni interpretative di dubbia soluzione potranno riguardare anche un altro delicato profilo dell'attuale disciplina, rappresentato dal c.d. de-listing, ovvero l'ipotesi di cancellazione dalle liste dei soggetti o entità colpiti da sanzioni restrittive. Sul punto l'art. 5 della Decisione PESC pone un obbligo a carico del Consiglio di riesaminare dette liste in presenza di non meglio precisate "osservazioni e presentazione di nuove prove sostanziali": può una formulazione così generica costituire una sufficiente garanzia circa il rispetto del diritto fondamentale dei soggetti destinatari di chiedere e ottenere l'esclusione da quegli elenchi per mutamento delle circostanze oggettive o soggettive? O non si deve ritenere, piuttosto, che termini di questo genere conducano inevitabilmente ad un parallelo e vieppiù pericoloso ampliamento della discrezionalità in capo al Consiglio su un tema così delicato?

Criticità altrettanto rilevanti emergono laddove lo sguardo si concentri sul versante più strettamente operativo delle norme in questione.

In primo luogo, il Consiglio, nell'adottare le sue decisioni, dovrà porre particolare attenzione alla tutela dei diritti fondamentali, come richiesto del resto dall'attuale art. 6 TUE, di coloro che si trovano ad essere colpiti dalle misure restrittive. A questo proposito, è da tener presente l'obbligo

[10] V. la dichiarazione di Josep Borrel dal titolo *The long and complex road towards an EU Global Human Rights Sanctions Regime,* consultabile alla pagina https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/87884/long-and-complex-road-towards-eu-global-human-rights-sanctions-regime_en.

di conformarsi non solo a quanto gli stessi Trattati fondativi prevedono[11], ma anche agli orientamenti scaturiti dalle pronunce dei giudici dell'Unione in un vasta serie di contenziosi in materia di sanzioni individuali[12], dai quali emergono ormai chiare indicazioni circa: i criteri di identificazione dei soggetti destinatari delle misure; l'obbligo di motivazione, particolarmente esteso nel caso di misure di carattere individuale; l'obbligo di produrre prove concrete a sostegno di quelle stesse misure.

Il rispetto di tali criteri rappresenterà senza dubbio una questione di importanza cruciale: non è chi non veda quanto la credibilità e l'effettiva deterrenza delle misure sanzionatorie dipenderanno, in buona sostanza, dal superamento della c.d. "prova di resistenza" rispetto al vaglio di legittimità operato dal giudice dell'Unione.

In secondo luogo, problemi in sede applicativa potrebbero scaturire sul piano più strettamente procedimentale dall'obbligo imposto dalla Decisione PESC al Consiglio di deliberare all'unanimità: una scelta potenzialmente in grado di generare impasse istituzionali dovuti alla riluttanza da parte di alcuni Stati membri ad adottare sanzioni nei confronti di individui entità collegati a regimi potenti, con i quali gli stessi Stati membri intrattengano solide relazioni commerciali.

L'attivismo di recente dimostrato dal Consiglio parrebbe però andare in tutt'altra direzione. Infatti, a breve distanza dall'approvazione del nuovo pacchetto normativo, precisamente il 2 marzo 2021, il Consiglio è riuscito a trovare un accordo politico sull'adozione di una decisione PESC che impone, all'interno della nuova cornice normativa, misure restrittive nei confronti di quattro cittadini russi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani - compresi arresti e detenzione arbitrari, repressione della libertà di riunione, di espressione e di associazione – commesse in riferimento all'arresto, al processo e alla condanna dell'oppositore russo Alexey Navalny[13].

La forte determinazione dell'Unione a rendere concreto il progetto alla base del nuovo regime di sanzioni è altresì confermato dall'adozione a brevissima distanza di un secondo pacchetto di misure, varato dal Consiglio il 22 marzo del 2021, che ha riguardato undici persone e quattro entità che coinvolgono la Cina (per le detenzioni arbitrarie subite dagli uiguri nella regione dello Xinjiang), la Corea, la Libia (per le uccisioni e le sparizioni forzate) il Sud Sudan, l'Eritrea e di nuovo la Russia (per le torture e la repressione a danno delle persone appartenenti alle minoranze c.d. LGBT e degli oppositori politici in Cecenia)[14]. Provvedimenti che hanno suscitato forti reazioni, soprattutto da parte della Cina.

---

[11] V., in particolare l'art. 215, par. 3, TFUE, ai sensi del quale "Gli atti di cui al presente articolo contengono le necessarie disposizioni sulle garanzie giuridiche.". Da tener presente altresì la Dichiarazione n. 25 allegata al Trattato di Lisbona del 2007, in virtù della quale "La conferenza ricorda che il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali implica, in particolare, che sia prestata la dovuta attenzione alla protezione e al rispetto del diritto al giusto processo delle persone o entità interessate. A tal fine, e per garantire una revisione giudiziaria esauriente delle decisioni che sottopongono una persona o entità a misure restrittive, tali decisioni devono essere basate su criteri chiari e distinti. I criteri dovrebbero essere adeguati alle caratteristiche specifiche di ciascuna misura restrittiva.

[12] Inaugurati dalla nota pronuncia Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05P e C-315-05P, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee. Attualmente, il riferimento normativo all'interno dei Trattati fondativi è l'art. 275 TFUE, che, pur escludendo dal controllo giurisdizionale devoluto alla Corte di Giustizia gli atti adottati in seno alla Politica estera e di sicurezza comune, stabilisce un'eccezione in ordine alle "decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea".

[13] Decisione (PESC) 2021/372 del Consiglio del 2 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani e Regolamento di esecuzione (UE) 2021/371 del Consiglio del 2 marzo 2021 che attua il regolamento (EU) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, ambedue in GUUE L 071I, 2 marzo 2021.

[14] Decisione (PESC) 2021/481 del Consiglio del 22 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani e Regolamento di esecuzione (UE) 2021/478 del Consiglio del 22 marzo 2021 che attua il regolamento (UE) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, ambedue in GUUE L 991/2021.

Rimanendo ancorati al profilo applicativo, non è, infine, da sottovalutare l'importanza di un'altra questione, di carattere più generale e sistematico, che riguarda le modalità di interazione tra il nuovo regime sanzionatorio e il precedente meccanismo basato su un approccio di tipo geografico.

Escluso qualunque effetto sostitutivo[15], la sfida di fronte alla quale si troverà l'Unione sarà quella di garantire un'applicazione coerente della nuova disciplina non solo rispetto all'insieme delle misure PESC fin qui adottate secondo criteri geografici, nei confronti delle quali dovrà instaurarsi una sorta di complementarietà, ma più in generale a tutte le politiche di cui è responsabile dell'Unione.

Proprio questa coerenza, da sempre al centro del complesso dell'azione esterna dell'Unione[16], costituirà certamente un elemento cardine sul quale misurare sicuramente l'efficacia e l'efficienza dell'azione dell'Unione a tutela dei diritti dell'uomo sul piano interno, ma anche e soprattutto la sua credibilità a livello globale quale supremo garante dell'intangibilità dei suddetti diritti.

Nota alla Decisione PESC

L'Allegato I è stato recentemente modificato ai sensi della Decisioni (PESC) n. 2021/372 del Consiglio del 2 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani e della Decisione (PESC) n. 2021/481 del Consiglio del 22 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, così come indicato nel testo delle brevi note che precedono.

Nota al Regolamento

L'Allegato I è stato recentemente modificato ai sensi del Regolamento di esecuzione (UE) 2021/371 del Consiglio del 2 marzo 2021 che attua il regolamento (EU) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, ambedue in GUUE L 071I, 2 marzo 2021 e del Regolamento di esecuzione (UE) 2021/478 del Consiglio del 22 marzo 2021 che attua il regolamento (UE) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, ambedue in GUUE L 991/2021, così come indicato nel testo delle brevi note che precedono.

[15] Il Considerando n, 4 alla decisione PESC così recita: «La presente decisione non pregiudica l'applicazione di altre vigenti o future decisioni del Consiglio nel quadro della politica estera e di sicurezza comune che stabiliscono misure restrittive in considerazione della situazione in taluni paesi terzi e che riguardano violazioni o abusi dei diritti umani.»

[16] V. art. 21 TFUE.

Gazzetta ufficiale L 410 I
dell'Unione europea

Edizione
in lingua italiana

Legislazione

63° anno

7 dicembre 2020

Sommario

II *Atti non legislativi*

REGOLAMENTI

★ **Regolamento del Consiglio (EU) 2020/1998, del 7 dicembre 2020, relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani** 1

DECISIONI

★ **Decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio, del 7 dicembre 2020, relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani** 13

IT

Gli atti i cui titoli sono stampati in caratteri chiari appartengono alla gestione corrente. Essi sono adottati nel quadro della politica agricola e hanno generalmente una durata di validità limitata.

I titoli degli altri atti sono stampati in grassetto e preceduti da un asterisco.

II

(Atti non legislativi)

REGOLAMENTI

REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO (EU) 2020/1998

del 7 dicembre 2020

relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani

Il CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'articolo 215,

vista la decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio del 7 dicembre 2020 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani ([1])

vista la proposta congiunta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione europea,

considerando quanto segue:

(1) Il 7 dicembre 2020 il Consiglio ha adottato la decisione (PESC) 2020/1999, che istituisce un quadro relativo a misure restrittive mirate per contrastare gravi violazioni e abusi dei diritti umani nel mondo. Tale decisione prevede il congelamento di fondi e risorse economiche e il divieto di mettere fondi e risorse economiche a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi responsabili o sostenitori di gravi violazioni o abusi dei diritti umani, o comunque coinvolti in tali atti, e delle persone fisiche e giuridiche, delle entità o degli organismi associati alle persone fisiche e giuridiche, alle entità o agli organismi in questione. Le persone fisiche e giuridiche, le entità e gli organismi oggetto di misure restrittive sono elencati nell'allegato della decisione (PESC) 2020/1999. Tale decisione sottolinea l'importanza del diritto internazionale dei diritti umani e dell'interazione fra tale diritto e il diritto internazionale umanitario nel valutare l'opportunità di applicare misure restrittive mirate.

(2) Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, i diritti della difesa e il diritto alla protezione dei dati personali. Il presente regolamento dovrebbe essere applicato conformemente a tali diritti.

(3) Al fine di assicurare coerenza con la redazione, la modifica e la revisione dell'allegato della decisione (PESC) 2020/1999, è opportuno che il potere di redigere e modificare l'elenco di cui all'allegato I del presente regolamento sia esercitato dal Consiglio.

([1]) Cfr. pag. 13 della presente Gazzetta ufficiale.

(4) Ai fini dell'attuazione del presente regolamento e per garantire la massima certezza giuridica all'interno dell'Unione, è opportuno pubblicare i nomi e gli altri dati pertinenti relativi a persone fisiche e giuridiche, entità e organismi i cui fondi e le cui risorse economiche devono essere congelati a norma del presente regolamento. Qualsiasi trattamento di dati personali deve essere conforme ai regolamenti (UE) 2016/679 ([2]) e (UE) 2018/1725 ([3]) del Parlamento europeo e del Consiglio.

(5) Gli Stati membri e la Commissione dovrebbero informarsi reciprocamente delle misure adottate ai sensi del presente regolamento e comunicarsi ogni altra informazione pertinente in loro possesso relativa al presente regolamento.

(6) Gli Stati membri dovrebbero stabilire norme sulle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni del presente regolamento e garantirne l'attuazione. Le sanzioni dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:

Articolo 1

Ai fini del presente regolamento si applicano le definizioni seguenti:

a) «richiesta»: qualsiasi richiesta, sotto forma contenziosa o meno, presentata anteriormente o posteriormente alla data di entrata in vigore del presente regolamento, derivante da un contratto o da un'operazione o a essi collegata, e in particolare:

   i) una richiesta volta a ottenere l'adempimento di un obbligo derivante da un contratto o da un'operazione o a essi collegata;

   ii) una richiesta volta a ottenere la proroga o il pagamento di una garanzia o di una controgaranzia finanziaria, indipendentemente dalla sua forma;

   iii) una richiesta di compensazione relativa a un contratto o a un'operazione;

   iv) una domanda riconvenzionale;

   v) una richiesta volta a ottenere, anche mediante exequatur, il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza, di un lodo arbitrale o di una decisione equivalente, indipendentemente dal luogo in cui sono stati pronunziati;

b) «contratto o transazione»: qualsiasi transazione, indipendentemente dalla sua forma e dal diritto a essa applicabile, che comprenda uno o più contratti o obblighi analoghi stipulati fra le stesse parti o fra parti diverse; a tal fine il termine «contratto» include qualsiasi forma di garanzia, in particolare una garanzia o controgaranzia finanziaria, e qualsiasi credito, anche giuridicamente indipendente, nonché qualsiasi clausola annessa derivante da siffatta transazione o ad essa correlata;

c) «autorità competenti»: le autorità competenti degli Stati membri i cui siti web sono elencati nell'allegato II;

d) «risorse economiche»: le attività di qualsiasi tipo, materiali o immateriali, mobili o immobili, che non sono fondi ma che potrebbero essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi;

e) «congelamento di risorse economiche»: il divieto di utilizzare risorse economiche per ottenere fondi, beni o servizi in qualsiasi modo, anche attraverso la vendita, la locazione e le ipoteche;

f) «congelamento di fondi»: il divieto di movimentazione, trasferimento, modifica, utilizzo o gestione dei fondi o di accesso a essi così da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura, la destinazione o qualsiasi altro cambiamento che consente l'uso dei fondi, compresa la gestione di portafoglio;

([2]) Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU L 119 del 4.5.2016, pag. 1).

([3]) Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE (GU L 295 del 21.11.2018, pag. 39).

g) «fondi»: tutte le attività e i benefici finanziari di qualsiasi natura, compresi, tra gli altri:

i) contanti, assegni, cambiali, vaglia postali e altri strumenti di pagamento;

ii) depositi presso istituti finanziari o altre entità, saldi sui conti, debiti e obblighi;

iii) titoli negoziati a livello pubblico e privato e prestiti obbligazionari, comprese le azioni, i certificati azionari, le obbligazioni, i pagherò, i warrant, le obbligazioni ipotecarie e i contratti finanziari derivati;

iv) interessi, dividendi o altri redditi generati dalle attività;

v) credito, diritto di compensazione, garanzie, fideiussioni o altri impegni finanziari;

vi) lettere di credito, polizze di carico e atti di cessione;

vii) documenti da cui risulti un interesse riguardante capitali o risorse finanziarie;

h) «territorio dell'Unione»: i territori degli Stati membri cui si applica il trattato sull'Unione europea (TUE), alle condizioni ivi stabilite, compreso lo spazio aereo.

Articolo 2

1. Il presente regolamento si applica:

a) al genocidio;

b) ai crimini contro l'umanità;

c) alle gravi violazioni o ai gravi abusi dei diritti umani seguenti:

i) tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti;

ii) schiavitù;

iii) esecuzioni e uccisioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie;

iv) sparizione forzata di persone;

v) arresti o detenzioni arbitrari;

d) altre violazioni o altri abusi dei diritti umani, compresi, tra gli altri, quelli riportati di seguito, nella misura in cui tali violazioni o abusi sono diffusi, sistematici o comunque motivo di seria preoccupazione per quanto concerne gli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune stabiliti all'articolo 21 TUE:

i) tratta di esseri umani, nonché abusi dei diritti umani di cui al presente articolo da parte dei trafficanti di migranti;

ii) violenza sessuale e di genere;

iii) violazioni o abusi della libertà di riunione pacifica e di associazione,

iv) violazioni o abusi della libertà di opinione e di espressione,

v) violazioni o abusi della libertà di religione o di credo.

2. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1, si dovrebbe tener conto del diritto internazionale consuetudinario e di strumenti di diritto internazionale ampiamente accettati quali:

a) il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici;

b) il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali;

c) la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio;

d) la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti;

e) la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale;

(f) la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna;

g) la Convenzione sui diritti del fanciullo;

h) la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate;

i) la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità;

j) il protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini;

k) lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale;

l) la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

3. Ai fini dell'applicazione del presente regolamento, le persone fisiche o giuridiche, le entità o gli organismi possono comprendere:

a) soggetti statali;

b) altri soggetti che esercitino un controllo o un'autorità effettivi su un territorio;

c) altri soggetti non statali, alle condizioni stabilite all'articolo 1, paragrafo 4, della decisione (PESC) 2020/1999.

Articolo 3

1. Sono congelati tutti i fondi e tutte le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati da una qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi elencati all'allegato I.

2. Nessun fondo o risorsa economica è messo, direttamente o indirettamente, a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi di cui all'allegato I o destinato a loro vantaggio.

3. Nell'allegato I figurano i seguenti soggetti, identificati dal Consiglio a norma dell'articolo 3 della decisione (PESC) 2020/1999.

a) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi responsabili degli atti di cui all'articolo 2, paragrafo 1;

b) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi che forniscono sostegno finanziario, tecnico o materiale per gli atti di cui all'articolo 2, paragrafo 1, o che sono altrimenti coinvolti in tali atti, anche pianificandoli, dirigendoli, ordinandoli, assistendoli, preparandoli, agevolandoli o incoraggiandoli;

c) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi associati alle persone fisiche o giuridiche, alle entità o agli organismi di cui alle lettere a) e b).

Articolo 4

1. In deroga all'articolo 3, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare lo svincolo di taluni fondi o risorse economiche congelati o la messa a disposizione di taluni fondi o risorse economiche, alle condizioni che ritengono appropriate, dopo aver accertato che i fondi o le risorse economiche in questione sono:

a) necessari per soddisfare le esigenze di base delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi elencati nell'allegato I e dei familiari a carico di tali persone fisiche, compresi i pagamenti relativi a generi alimentari, canoni di locazione o ipoteche, medicinali e cure mediche, imposte, premi assicurativi e utenza di servizi pubblici;

b) destinati esclusivamente al pagamento di onorari ragionevoli o al rimborso delle spese sostenute per la prestazione di servizi legali;

c) destinati esclusivamente al pagamento di diritti o di spese connessi alla normale gestione o alla custodia dei fondi o delle risorse economiche congelati;

d) necessari per coprire spese straordinarie, purché l'autorità competente interessata abbia notificato alle autorità competenti degli altri Stati membri e alla Commissione, almeno due settimane prima dell'autorizzazione, i motivi per i quali ritiene che debba essere concessa un'autorizzazione specifica, oppure

e) pagabili su o da un conto di una missione diplomatica o consolare o di un'organizzazione internazionale che gode di immunità in conformità del diritto internazionale, nella misura in cui tali pagamenti servono per scopi ufficiali della missione diplomatica o consolare o dell'organizzazione internazionale.

2. Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni rilasciate a norma del paragrafo 1 entro due settimane dal rilascio dell'autorizzazione.

Articolo 5

1. In deroga all'articolo 3, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare che taluni fondi o risorse economiche congelati siano svincolati o messi a disposizione, alle condizioni che ritengono appropriate, dopo aver stabilito che la fornitura di tali fondi o risorse economiche è necessaria per scopi umanitari, come prestare o facilitare la prestazione di assistenza, comprese forniture mediche, cibo o trasferimento di operatori umanitari e relativa assistenza, o per evacuazioni.

2. Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni rilasciate a norma del paragrafo 1 entro quattro settimane dal rilascio dell'autorizzazione.

Articolo 6

1. In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare lo svincolo di taluni fondi o risorse economiche congelati a condizione che:

a) i fondi o le risorse economiche siano oggetto di una decisione arbitrale emessa anteriormente alla data dell'inserimento della persona fisica o giuridica, dell'entità o dell'organismo di cui all'articolo 3 nell'elenco figurante nell'allegato I, di una decisione giudiziaria o amministrativa emessa nell'Unione o di una decisione giudiziaria esecutiva nello Stato membro interessato, prima o dopo tale data;

b) i fondi o le risorse economiche siano usati esclusivamente per soddisfare i crediti garantiti da tale decisione o riconosciuti validi dalla stessa, entro i limiti fissati dalle leggi e dai regolamenti applicabili che disciplinano i diritti dei creditori;

c) la decisione non vada a favore di una persona fisica o giuridica, di un'entità o di un organismo elencati nell'allegato I e

d) il riconoscimento della decisione non sia contrario all'ordine pubblico nello Stato membro interessato.

2. Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni rilasciate a norma del paragrafo 1 entro due settimane dal rilascio dell'autorizzazione.

Articolo 7

1. In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, e purché un pagamento da parte di una persona fisica o giuridica, di un'entità o di un organismo di cui all'allegato I sia dovuto in forza di un contratto o di un accordo concluso o di un'obbligazione sorta per la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo in questione prima della data di inserimento di tale persona fisica o giuridica, entità od organismo nell'allegato I, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare, alle condizioni che ritengono appropriate, lo svincolo di taluni fondi o risorse economiche congelati purché l'autorità competente interessata abbia accertato che:

a) i fondi o le risorse economiche saranno usati per un pagamento da una persona fisica o giuridica, da un'entità o da un organismo di cui all'allegato I; e

b) il pagamento non viola l'articolo 3, paragrafo 2.

2. Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni rilasciate a norma del paragrafo 1 entro due settimane dal rilascio dell'autorizzazione.

Articolo 8

1. L'articolo 3, paragrafo 2, non osta a che gli enti finanziari o creditizi accreditino sui conti congelati fondi trasferiti da terzi verso i conti di una persona fisica o giuridica, di un'entità o di un organismo che figura nell'elenco, purché tali versamenti siano anch'essi congelati. L'ente finanziario o creditizio informa senza indugio l'autorità competente pertinente in merito a tali operazioni.

2. L'articolo 3, paragrafo 2, non si applica al versamento sui conti congelati di:

a) interessi o altri profitti dovuti su detti conti;

b) pagamenti dovuti nell'ambito di contratti e accordi conclusi o di obbligazioni sorte anteriormente alla data in cui la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo di cui all'articolo 3 sono stati inseriti nell'allegato I, oppure

c) pagamenti dovuti nell'ambito di decisioni giudiziarie, amministrative o arbitrali emesse in uno Stato membro o esecutive nello Stato membro interessato,

purché tali interessi, altri profitti e pagamenti continuino a essere soggetti alle misure di cui all'articolo 3, paragrafo 1.

Articolo 9

1. Fatte salve le norme applicabili in materia di relazioni, riservatezza e segreto professionale, le persone fisiche e giuridiche, le entità e gli organismi sono tenuti a:

a) fornire immediatamente qualsiasi informazione atta a facilitare il rispetto del presente regolamento, quali le informazioni relative ai conti e agli importi congelati a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, all'autorità competente dello Stato membro in cui risiedono o sono situati e a trasmettere tali informazioni, direttamente o attraverso lo Stato membro, alla Commissione;

b) collaborare con l'autorità competente alla verifica delle informazioni di cui alla lettera a).

2. Le ulteriori informazioni ricevute direttamente dalla Commissione sono messe a disposizione degli Stati membri.

3. Le informazioni fornite o ricevute ai sensi del presente articolo sono utilizzate unicamente per gli scopi per i quali sono state fornite o ricevute.

Articolo 10

È vietato partecipare, consapevolmente e deliberatamente, ad attività aventi l'obiettivo o il risultato di eludere le misure di cui all'articolo 3.

Articolo 11

1. Il congelamento di fondi e risorse economiche o il rifiuto di rendere disponibili fondi o risorse economiche, se effettuato ritenendo in buona fede che tale azione sia conforme al presente regolamento, non comporta alcun genere di responsabilità per la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo che lo attua, né per i suoi dirigenti o dipendenti, a meno che non si dimostri che i fondi e le risorse economiche sono stati congelati o trattenuti in seguito a negligenza.

2. Le azioni compiute da persone fisiche o giuridiche, entità od organismi non comportano alcun genere di responsabilità a loro carico se questi non sapevano, e non avevano alcun motivo ragionevole di sospettare, che le loro azioni avrebbero violato le misure previste dal presente regolamento.

Articolo 12

1. Non è soddisfatta alcuna richiesta in relazione a contratti o transazioni sulla cui esecuzione abbiano inciso, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, le misure istituite dal presente regolamento, comprese le richieste di indennizzo o le richieste analoghe, per esempio richieste di compensazione o richieste nell'ambito di una garanzia, in particolare quelle volte a ottenere la proroga o il pagamento di una garanzia o di una controgaranzia, in particolare di una garanzia o controgaranzia finanziaria, indipendentemente dalla sua forma, se la richiesta è presentata da:

a) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi elencati nell'allegato I;

b) qualsiasi persona fisica o giuridica, entità o organismo che agisca per tramite o per conto di una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo di cui alla lettera a).

2. In ogni procedura volta al soddisfacimento di una richiesta, l'onere della prova che il soddisfacimento della richiesta non è vietato dal paragrafo 1 incombe alla persona fisica o giuridica, all'entità o all'organismo che richiede il soddisfacimento di tale richiesta.

3. Il presente articolo lascia impregiudicato il diritto delle persone fisiche o giuridiche, delle entità e degli organismi di cui al paragrafo 1 al controllo giurisdizionale della legittimità dell'inadempimento degli obblighi contrattuali a norma del presente regolamento.

Articolo 13

1. La Commissione e gli Stati membri si informano reciprocamente delle misure adottate a norma del presente regolamento e condividono tutte le altre informazioni pertinenti in loro possesso attinenti al presente regolamento, in particolare quelle riguardanti:

a) i fondi congelati a norma dell'articolo 3 e le autorizzazioni rilasciate a norma degli articoli 4, 5, 6 e 7;

b) i problemi di violazione e di applicazione delle norme e le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali nazionali.

2. Ciascuno Stato membro comunica immediatamente agli altri Stati membri e alla Commissione tutte le altre informazioni pertinenti in suo possesso tali da pregiudicare l'effettiva attuazione del presente regolamento.

Articolo 14

1. Qualora decida di applicare a una persona fisica o giuridica, a un'entità o a un organismo le misure di cui all'articolo 3, il Consiglio modifica di conseguenza l'allegato I.

2. Il Consiglio comunica la decisione di cui al paragrafo 1, compresi i motivi dell'inserimento nell'elenco, alla persona fisica o giuridica, all'entità o all'organismo interessati direttamente, se l'indirizzo è noto, o attraverso la pubblicazione di un avviso, offrendo a tale persona fisica o giuridica, entità od organismo la possibilità di presentare osservazioni.

3. Qualora siano formulate osservazioni o siano presentate nuove prove sostanziali, il Consiglio riesamina le decisioni di cui al paragrafo 1 e informa di conseguenza la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo interessati.

4. L'elenco di cui all'allegato I è riesaminato periodicamente e almeno ogni 12 mesi.

5. Alla Commissione è conferito il potere di modificare l'allegato II in base alle informazioni fornite dagli Stati membri.

Articolo 15

1. Nell'allegato I sono indicati i motivi dell'inserimento nell'elenco delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi interessati.

2. Nell'allegato I figurano, ove disponibili, le informazioni necessarie per identificare le persone fisiche o giuridiche, le entità o gli organismi interessati. Per le persone fisiche, tali informazioni possono includere: i nomi e gli pseudonimi, la data e il luogo di nascita, la cittadinanza, il numero del passaporto e della carta d'identità, il genere, l'indirizzo, se noto, e la funzione o la professione; Per le persone giuridiche, le entità o gli organismi, tali informazioni possono includere le denominazioni, la data e il luogo di registrazione, il numero di registrazione e la sede di attività.

Articolo 16

1. Gli Stati membri stabiliscono norme sulle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni del presente regolamento e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

2. Gli Stati membri comunicano senza indugio alla Commissione le norme di cui al paragrafo 1 dopo l'entrata in vigore del presente regolamento e la informano di ogni eventuale successiva modifica.

Articolo 17

1. Il Consiglio, la Commissione e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza («alto rappresentante») trattano i dati personali per svolgere i propri compiti a norma del presente regolamento. Tali compiti comprendono:

a) per quanto riguarda il Consiglio, la preparazione e l'introduzione delle modifiche nell'allegato I;

b) per quanto riguarda l'alto rappresentante, la preparazione delle modifiche nell'allegato I;

c) per quanto riguarda la Commissione:

   i) l'inclusione del contenuto dell'allegato I nell'elenco elettronico consolidato delle persone, dei gruppi e delle entità oggetto di sanzioni finanziarie dell'Unione e nella mappa interattiva delle sanzioni, entrambi pubblicamente disponibili;

   ii) il trattamento delle informazioni relative all'impatto delle misure previste dal presente regolamento, come il valore dei fondi congelati e le informazioni sulle autorizzazioni rilasciate dalle autorità competenti.

2. Il Consiglio, la Commissione e l'alto rappresentante possono trattare, se del caso, i dati pertinenti relativi a reati commessi da persone fisiche figuranti nell'elenco e alle condanne penali di tali persone o alle misure di sicurezza riguardanti tali persone solo nella misura necessaria alla preparazione dell'allegato I.

3. Ai fini del presente regolamento, il Consiglio, il servizio della Commissione indicato nell'allegato II del presente regolamento e l'alto rappresentante sono designati come «titolare del trattamento» ai sensi dell'articolo 3, punto 8), del regolamento (UE) 2018/1725, per garantire che le persone fisiche interessate possano esercitare i loro diritti a norma del regolamento (UE) 2018/1725.

Articolo 18

1. Gli Stati membri designano le autorità competenti di cui al presente regolamento e le identificano sui siti web elencati nell'allegato II. Gli Stati membri comunicano alla Commissione le eventuali modifiche degli indirizzi dei loro siti web elencati nell'allegato II.

2. Gli Stati membri comunicano senza indugio alla Commissione le proprie autorità competenti, compresi gli estremi delle stesse, dopo l'entrata in vigore del presente regolamento e la informano di ogni eventuale successiva modifica.

3. Laddove il presente regolamento imponga di notificare, informare o comunicare in altro modo con la Commissione, l'indirizzo e gli altri estremi da usare per dette comunicazioni sono quelli indicati nell'allegato II.

Articolo 19

Il presente regolamento si applica:

a) nel territorio dell'Unione, compreso il suo spazio aereo;

b) a bordo di tutti gli aeromobili o di tutti i natanti sotto la giurisdizione di uno Stato membro;

c) a qualsiasi persona fisica cittadina di uno Stato membro che si trovi all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione;

d) a qualsiasi persona giuridica, entità od organismo che si trovi all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione e sia registrata/o o costituita/o conformemente al diritto di uno Stato membro;

e) a qualsiasi persona giuridica, entità od organismo relativamente ad attività economiche esercitate, interamente o parzialmente, all'interno dell'Unione.

Articolo 20

Il presente regolamento entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Fatto a Bruxelles, il 7 dicembre 2020

Per il Consiglio
Il presidente
J. BORRELL FONTELLES

ALLEGATO I

Elenco delle persone fisiche e giuridiche, delle entità e degli organismi di cui all'articolo 3

A. Persone fisiche

B. Persone giuridiche, entità e organismi

ALLEGATO II

Siti web contenenti informazioni sulle autorità competenti e indirizzo per le notifiche alla Commissione

BELGIO

https://diplomatie.belgium.be/nl/Beleid/beleidsthemas/vrede_en_veiligheid/sancties

https://diplomatie.belgium.be/fr/politique/themes_politiques/paix_et_securite/sanctions

https://diplomatie.belgium.be/en/policy/policy_areas/peace_and_security/sanctions

BULGARIA

https://www.mfa.bg/en/101

REPUBBLICA CECA

www.financnianalytickyurad.cz/mezinarodni-sankce.html

DANIMARCA

http://um.dk/da/Udenrigspolitik/folkeretten/sanktioner/

GERMANIA

http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/aussenwirtschaftsrecht,did=404888.html

ESTONIA

http://www.vm.ee/est/kat_622/

IRLANDA

http://www.dfa.ie/home/index.aspx?id=28519

GRECIA

http://www.mfa.gr/en/foreign-policy/global-issues/international-sanctions.html

SPAGNA

http://www.exteriores.gob.es/Portal/en/PoliticaExteriorCooperacion/GlobalizacionOportunidadesRiesgos/Paginas/SancionesInternacionales.aspx

FRANCIA

http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/autorites-sanctions/

CROAZIA

http://www.mvep.hr/sankcije

ITALIA

https://www.esteri.it/mae/it/politica_estera/politica_europea/misure_deroghe

CIPRO

http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/mfa35_en/mfa35_en?OpenDocument

LETTONIA

http://www.mfa.gov.lv/en/security/4539

LITUANIA

http://www.urm.lt/sanctions

LUSSEMBURGO

https://maee.gouvernement.lu/fr/directions-du-ministere/affaires-europeennes/mesures-restrictives.html

UNGHERIA

https://kormany.hu/kulgazdasagi-es-kulugyminiszterium/ensz-eu-szankcios-tajekoztato

MALTA

https://foreignandeu.gov.mt/en/Government/SMB/Pages/SMB-Home.aspx

PAESI BASSI

https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internationale-sancties

AUSTRIA

http://www.bmeia.gv.at/view.php3?f_id=12750&LNG=en&version=

POLONIA

https://www.gov.pl/web/dyplomacja

PORTOGALLO

http://www.portugal.gov.pt/pt/ministerios/mne/quero-saber-mais/sobre-o-ministerio/medidas-restritivas/medidas-restritivas.aspx

ROMANIA

http://www.mae.ro/node/1548

SLOVENIA

http://www.mzz.gov.si/si/omejevalni_ukrepi

SLOVACCHIA

https://www.mzv.sk/europske_zalezitosti/europske_politiky-sankcie_eu

FINLANDIA

http://formin.finland.fi/kvyhteistyo/pakotteet

SVEZIA

http://www.ud.se/sanktioner

Indirizzo per le notifiche alla Commissione europea:

Commissione europea

Direzione generale della Stabilità finanziaria, dei servizi finanziari e dell'Unione dei mercati dei capitali (DG FISMA)

Rue de Spa 2

1049 Bruxelles, Belgio

E-mail: relex-sanctions@ec.europa.eu Tel.

DECISIONI

DECISIONE (PESC) 2020/1999 DEL CONSIGLIO

del 7 dicembre 2020

relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani

IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,

visto il trattato sull'Unione europea, in particolare l'articolo 29,

vista la proposta dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza,

considerando quanto segue:

(1) L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e si impegna a proteggere tali valori, che svolgono un ruolo chiave nel garantire la pace e una sicurezza sostenibile, pietre angolari della sua azione esterna.

(2) I diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi. Spetta in primo luogo agli Stati rispettare, proteggere e applicare i diritti umani, anche garantendo il rispetto del diritto internazionale dei diritti umani. Le violazioni e gli abusi dei diritti umani in tutto il mondo continuano a destare grande preoccupazione, anche per il significativo coinvolgimento di soggetti non statali in abusi dei diritti umani a livello mondiale e per la gravità di molti di questi atti. Tali atti violano i principi e minacciano gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione di cui all'articolo 21, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea (TUE).

(3) Il 9 dicembre 2019 il Consiglio ha accolto con favore l'avvio, da parte dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza («alto rappresentante»), dei lavori preparatori volti a istituire un regime dell'Unione di portata generale relativo alle misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani.

(4) La presente decisione istituisce un quadro relativo a misure restrittive mirate per contrastare gravi violazioni e abusi dei diritti umani nel mondo. A tale riguardo, il Consiglio sottolinea l'importanza del diritto internazionale dei diritti umani e dell'interazione fra tale diritto e il diritto internazionale umanitario nel valutare l'opportunità di applicare misure restrittive mirate in base alla presente decisione. La presente decisione non pregiudica l'applicazione di altre vigenti o future decisioni del Consiglio nel quadro della politica estera e di sicurezza comune che stabiliscono misure restrittive in considerazione della situazione in taluni paesi terzi e che riguardano violazioni o abusi dei diritti umani.

(5) Tali misure restrittive mirate perseguiranno gli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune di cui all'articolo 21 TUE e contribuiranno all'azione dell'Unione volta a consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti umani e i principi del diritto internazionale, conformemente all'articolo 21, paragrafo 2, lettera b), TUE. L'applicazione di tali misure restrittive mirate sarà coerente con la strategia globale dell'Unione in questo settore e rafforzerà la capacità dell'Unione di promuovere il rispetto dei diritti umani.

(6) È necessaria un'ulteriore azione dell'Unione per attuare talune misure,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

1. La presente decisione istituisce un quadro relativo a misure restrittive mirate per contrastare gravi violazioni e abusi dei diritti umani nel mondo. Si applica:

a) al genocidio;

b) ai crimini contro l'umanità;

c) alle gravi violazioni o ai gravi abusi dei diritti umani seguenti:

   i) tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti;

   ii) schiavitù;

   iii) esecuzioni e uccisioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie;

   iv) sparizione forzata di persone;

   v) arresti o detenzioni arbitrari;

d) altre violazioni o altri abusi dei diritti umani, compresi, tra gli altri, quelli riportati di seguito, nella misura in cui tali violazioni o abusi sono diffusi, sistematici o comunque motivo di seria preoccupazione per quanto concerne gli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune stabiliti all'articolo 21 TUE:

   i) tratta di esseri umani, nonché abusi dei diritti umani di cui al presente articolo da parte dei trafficanti di migranti;

   ii) violenza sessuale e di genere;

   iii) violazioni o abusi della libertà di riunione pacifica e di associazione;

   iv) violazioni o abusi della libertà di opinione e di espressione;

   v) violazioni o abusi della libertà di religione o di credo.

2. Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1, si dovrebbe tener conto del diritto internazionale consuetudinario e di strumenti di diritto internazionale ampiamente accettati quali:

a) il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici;

b) il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali;

c) la Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio;

d) la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti;

e) la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale;

f) la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna;

g) la Convenzione sui diritti del fanciullo;

h) la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate;

i) la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità;

j) il protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini;

k) lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale;

l) la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

3. Ai fini della presente decisione, le persone fisiche o giuridiche, le entità o gli organismi possono comprendere:

a) soggetti statali;

b) altri soggetti che esercitino un controllo o un'autorità effettivi su un territorio;

c) altri soggetti non statali.

4. Nel redigere o modificare l'elenco di cui all'allegato per quanto riguarda altri soggetti non statali di cui al paragrafo 3, lettera c), il Consiglio tiene conto in particolare degli elementi specifici seguenti:

a) gli obiettivi della politica estera e di sicurezza comune di cui all'articolo 21 TUE; e

b) la gravità e/o l'incidenza degli abusi.

Articolo 2

1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per impedire l'ingresso o il transito nel loro territorio di:

a) persone fisiche che sono responsabili degli atti di cui all'articolo 1, paragrafo 1;

b) persone fisiche che forniscono sostegno finanziario, tecnico o materiale per gli atti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, o che sono altrimenti coinvolte in tali atti, anche pianificandoli, dirigendoli, ordinandoli, assistendoli, preparandoli, agevolandoli o incoraggiandoli;

c) persone fisiche che sono associate alle persone di cui alle lettere a) e b)

elencate nell'allegato.

2. Il paragrafo 1 non obbliga gli Stati membri a vietare ai loro cittadini l'ingresso nel proprio territorio.

3. Il paragrafo 1 lascia impregiudicate le situazioni in cui uno Stato membro sia vincolato da un obbligo di diritto internazionale, segnatamente:

a) in qualità di paese che ospita un'organizzazione intergovernativa internazionale;

b) in qualità di paese che ospita una conferenza internazionale convocata dalle Nazioni Unite o sotto gli auspici di quest'ultima;

c) in base ad un accordo multilaterale che conferisce privilegi e immunità; o

d) in virtù del trattato di conciliazione del 1929 (Patti Lateranensi) concluso tra la Santa Sede (Stato della Città del Vaticano) e l'Italia.

4. Si considera che le disposizioni del paragrafo 3 si applicano anche qualora uno Stato membro ospiti l'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE).

5. Il Consiglio è debitamente informato in ciascuna delle situazioni in cui uno Stato membro concede una deroga a norma del paragrafo 3 o 4.

6. Gli Stati membri possono concedere deroghe alle misure imposte a norma del paragrafo 1 allorquando il viaggio è giustificato da necessità umanitarie urgenti o dall'esigenza di partecipare a riunioni intergovernative o a riunioni promosse o ospitate dall'Unione, o ospitate da uno Stato membro che esercita la presidenza di turno dell'OSCE, in cui si conduce un dialogo politico che promuove direttamente gli obiettivi strategici delle misure restrittive, comprese la cessazione di gravi violazioni e degli abusi gravi dei diritti umani e la promozione dei diritti umani.

7. Gli Stati membri possono anche concedere deroghe alle misure imposte a norma del paragrafo 1 allorquando l'ingresso o il transito è necessario per l'espletamento di un procedimento giudiziario.

8. Uno Stato membro che intenda concedere le deroghe di cui al paragrafo 6 o 7 presenta al riguardo una notifica scritta al Consiglio. La deroga si considera concessa a meno che, entro due giorni lavorativi dal ricevimento della notifica della deroga proposta, vi sia un'obiezione scritta di uno o più membri del Consiglio. Se uno o più membri del Consiglio sollevano obiezioni, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di concedere la deroga proposta.

9. Nei casi in cui uno Stato membro autorizzi, ai sensi del paragrafo 3, 4, 6, 7 o 8, l'ingresso o il transito nel suo territorio delle persone elencate nell'allegato, l'autorizzazione è strettamente limitata ai fini per i quali è concessa e alle persone direttamente interessate.

Articolo 3

1. Sono congelati tutti i fondi e tutte le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati da:

a) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi responsabili degli atti di cui all'articolo 1, paragrafo 1;

b) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi che forniscono sostegno finanziario, tecnico o materiale per gli atti di cui all'articolo 1, paragrafo 1, o che sono altrimenti coinvolti in tali atti, anche pianificandoli, dirigendoli, ordinandoli, assistendoli, preparandoli, agevolandoli o incoraggiandoli;

c) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi associati alle persone fisiche o giuridiche, alle entità o agli organismi di cui alle lettere a) e b);

elencati nell'allegato.

2. Nessun fondo o risorsa economica sono messi, direttamente o indirettamente, a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi di cui all'allegato o destinati a loro vantaggio.

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare lo svincolo di taluni fondi o risorse economiche congelati o la messa a disposizione di taluni fondi o risorse economiche, alle condizioni che ritengono appropriate, dopo aver accertato che i fondi o le risorse economiche in questione sono:

a) necessari per soddisfare le esigenze di base delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi elencati nell'allegato e dei familiari a carico di tali persone fisiche, compresi i pagamenti relativi a generi alimentari, canoni di locazione o ipoteche, medicinali e cure mediche, imposte, premi assicurativi e utenze di servizi pubblici;

b) destinati esclusivamente al pagamento di onorari ragionevoli o al rimborso delle spese sostenute per la prestazione di servizi legali;

c) destinati esclusivamente al pagamento di diritti o di spese connessi alla normale gestione o alla custodia dei fondi o delle risorse economiche congelati;

d) necessari per coprire spese straordinarie, purché l'autorità competente interessata abbia notificato alle autorità competenti degli altri Stati membri e alla Commissione, almeno due settimane prima dell'autorizzazione, i motivi per i quali ritiene che debba essere concessa un'autorizzazione specifica; o

e) pagabili su o da un conto di una missione diplomatica o consolare o di un'organizzazione internazionale che gode di immunità in conformità del diritto internazionale, nella misura in cui tali pagamenti servono per scopi ufficiali della missione diplomatica o consolare o dell'organizzazione internazionale.

Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni concesse a norma del presente paragrafo.

4. In deroga al paragrafo 1, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare lo svincolo di taluni fondi o risorse economiche congelati, a condizione che:

a) i fondi o le risorse economiche siano oggetto di una decisione arbitrale emessa anteriormente alla data dell'inserimento della persona fisica o giuridica, dell'entità o dell'organismo di cui al paragrafo 1 nell'elenco figurante nell'allegato, di una decisione giudiziaria o amministrativa emessa nell'Unione o di una decisione giudiziaria esecutiva nello Stato membro interessato, prima o dopo tale data;

b) i fondi o le risorse economiche siano usati esclusivamente per soddisfare i crediti garantiti da tale decisione o riconosciuti validi dalla stessa, entro i limiti fissati dalle leggi e dai regolamenti applicabili che disciplinano i diritti dei creditori;

c) la decisione non vada a beneficio di una persona fisica o giuridica, di un'entità o di un organismo elencati nell'allegato; e

d) il riconoscimento della decisione non sia contrario all'ordine pubblico nello Stato membro interessato.

Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni concesse a norma del presente paragrafo.

5. Il paragrafo 1 non osta a che una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo elencati nell'allegato effettuino un pagamento dovuto nell'ambito di un contratto o di un accordo concluso, o di un'obbligazione sorta, prima della data in cui la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo sono stati inseriti nell'allegato, purché lo Stato membro interessato abbia determinato che il pagamento non è percepito, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o giuridica, da un'entità o da un organismo di cui al paragrafo 1.

6. Il paragrafo 2 non si applica al versamento sui conti congelati di:

a) interessi o altri profitti dovuti su detti conti;

b) pagamenti dovuti nell'ambito di contratti e accordi conclusi o di obbligazioni sorte anteriormente alla data in cui tali conti sono stati assoggettati alle misure di cui ai paragrafi 1 e 2; o

c) pagamenti dovuti nell'ambito di decisioni giudiziarie, amministrative o arbitrali emesse nell'Unione o esecutive nello Stato membro interessato, purché tali interessi, altri profitti e pagamenti continuino a essere soggetti alle misure di cui al paragrafo 1.

Articolo 4

1. In deroga all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, le autorità competenti degli Stati membri possono autorizzare che taluni fondi o risorse economiche congelati siano svincolati o messi a disposizione, alle condizioni che ritengono appropriate, dopo aver stabilito che la fornitura di tali fondi o risorse economiche è necessaria per scopi umanitari, come prestare o facilitare la prestazione di assistenza, comprese forniture mediche, cibo o trasferimento di operatori umanitari e relativa assistenza, o per evacuazioni.

2. Lo Stato membro interessato informa gli altri Stati membri e la Commissione di tutte le autorizzazioni rilasciate a norma del presente articolo entro quattro settimane dal loro rilascio.

Articolo 5

1. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta di uno Stato membro o dell'alto rappresentante, redige e modifica l'elenco di cui all'allegato.

2. Il Consiglio comunica le decisioni di cui al paragrafo 1, compresi i motivi dell'inserimento nell'elenco, alla persona fisica o giuridica, all'entità o all'organismo interessati direttamente, se l'indirizzo è noto, oppure attraverso la pubblicazione di un avviso, offrendo alla persona fisica o giuridica, all'entità o all'organismo in questione la possibilità di formulare osservazioni.

3. Qualora siano formulate osservazioni o siano presentate nuove prove sostanziali, il Consiglio riesamina le decisioni di cui al paragrafo 1 e ne informa di conseguenza la persona fisica o giuridica, l'entità o l'organismo interessati.

Articolo 6

1. Nell'allegato sono indicati i motivi dell'inserimento nell'elenco delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi di cui agli articoli 2 e 3.

2. Nell'allegato figurano, ove disponibili, le informazioni necessarie per identificare le persone fisiche o giuridiche, le entità o gli organismi interessati. Per le persone fisiche, tali informazioni possono includere: i nomi e gli pseudonimi; la data e il luogo di nascita; la cittadinanza; il numero del passaporto e della carta d'identità; il genere; l'indirizzo, se noto; la funzione o la professione. Per le persone giuridiche, le entità o gli organismi, tali informazioni possono includere le denominazioni, la data e il luogo di registrazione, il numero di registrazione e la sede di attività.

Articolo 7

1. Il Consiglio e l'alto rappresentante trattano i dati personali per svolgere i propri compiti a norma della presente decisione, in particolare:

a) per quanto riguarda il Consiglio, per la preparazione e l'introduzione delle modifiche dell'allegato;

b) per quanto riguarda l'alto rappresentante, per la preparazione delle modifiche dell'allegato.

2. Il Consiglio e l'alto rappresentante possono trattare, se del caso, i dati pertinenti relativi a reati commessi da persone fisiche figuranti nell'elenco e a condanne penali o misure di sicurezza riguardanti tali persone solo nella misura necessaria alla preparazione dell'allegato.

3. Ai fini della presente decisione, il Consiglio e l'alto rappresentante sono designati come «titolare del trattamento» ai sensi dell'articolo 3, punto 8), del regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio ([1]), per garantire che le persone fisiche interessate possano esercitare i loro diritti a norma del regolamento (UE) 2018/1725.

Articolo 8

Non è soddisfatta alcuna richiesta in relazione a contratti o transazioni sulla cui esecuzione abbiano inciso, direttamente o indirettamente, integralmente o in parte, le misure istituite dalla presente decisione, comprese le richieste di indennizzo o le richieste analoghe, per esempio richieste di compensazione o richieste nell'ambito di una garanzia, segnatamente quelle volte a ottenere la proroga o il pagamento di una garanzia o di una controgaranzia, in particolare di una garanzia o controgaranzia finanziaria, indipendentemente dalla sua forma, se la richiesta è presentata da:

a) persone fisiche o giuridiche, entità od organismi designati elencati nell'allegato;

b) qualsiasi persona fisica o giuridica, entità o organismo che agisca per tramite o per conto di una persona fisica o giuridica, un'entità o un organismo di cui alla lettera a).

Articolo 9

Per massimizzare l'impatto delle misure stabilite dalla presente decisione, l'Unione incoraggia i paesi terzi ad adottare misure restrittive analoghe a quelle previste nella presente decisione.

Articolo 10

La presente decisione si applica fino all'8 dicembre 2023 ed è costantemente riesaminata. Le misure di cui agli articoli 2 e 3 si applicano in relazione alle persone fisiche o giuridiche, alle entità e agli organismi elencati nell'allegato fino all'8 dicembre 2021.

Articolo 11

La presente decisione entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*.

Fatto a Bruxelles, il 7 dicembre 2020

Per il Consiglio
Il presidente
J. BORRELL FONTELLES

([1]) Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE (GU L 295 del 21.11.2018, pag. 39).

ALLEGATO

Elenco delle persone fisiche e giuridiche, delle entità e degli organismi di cui agli articoli 2 e 3

A. Persone fisiche

B. Persone giuridiche, entità e organismi

Documentazione e giurisprudenza internazionale

a cura di Francesca Graziani

Myanmar: Dichiarazione congiunta dei Capi di Stato Maggiore Difesa

Dichiarazione congiunta dei Capi di SMD di Australia, Canada, Danimarca, Germania, Grecia, Italia, Giappone, Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Corea del Sud, Regno Unito e Stati Uniti.

In qualità di Capi della Difesa, condanniamo l'uso della forza letale contro persone disarmate da parte delle Forze Armate del Myanmar e dei servizi di sicurezza associati.

Un militare professionista segue gli standard internazionali di condotta ed è responsabile della protezione, non di nuocere alle persone che serve.

Esortiamo le Forze Armate del Myanmar a cessare la violenza e ad adoperarsi per ripristinare il rispetto e la credibilità nei confronti del popolo del Myanmar, che ha perso a causa delle sue azioni.

Conflitti armati e tutela ambientale: l'azione preventiva e di *post- conflict management* dell'UNEP

di Francesco Gaudiosi

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Conflitti armati e tutela dell'ambiente tra diritto pattizio e soft-law. – 3. Il ruolo dell'UNEP nella protezione internazionale dell'ambiente. – 4. L'operato dell'UNEP nella protezione ambientale in relazione ai conflitti armati internazionali. – 4.1. L'azione preventiva dell'UNEP con gli *Special Programme*. – 4.2. Il *post-conflict management.* – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il divieto di uso della forza armata costituisce un principio fondante del diritto internazionale, essendo questo contenuto sia in una norma consuetudinaria cogente dell'ordinamento che nelle statuizioni della Carta ONU, in cui all'art. 2, par. 4 si fa esplicito riferimento a tale principio. In particolare, l'articolo in questione della Carta delle Nazioni Unite definisce un obbligo in negativo in capo agli Stati membri, consistente nell'astensione, nelle loro relazioni internazionali, dalla minaccia o dall'uso della forza armata che possa ledere l'integrità territoriale o l'indipendenza di qualsiasi Stato delle Nazioni Unite.

Ciononostante, l'idealismo politico, prima ancor che giuridico, auspicato dalla Carta ONU, si è storicamente trovato a dover fare i conti con una *realpolitik* delle relazioni internazionali in cui i conflitti armati, in numerose circostanze, ancora rappresentano una naturale seppur illegittima modalità di pretesa delle sovranità territoriali tra due o più Stati. Le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 hanno posto *in positio princeps* una concezione giuridica emergente in tema di diritti dell'uomo intesa a proteggere la dignità della persona umana in qualunque circostanza, facendo in tal caso uno specifico riferimento ai conflitti armati e quindi allo sviluppo di un *corpus* normativo «in senso sempre più umanitario delle regole relative alla protezione delle vittime delle guerre e della condotta delle ostilità[1]». Se quindi da un canto il diritto internazionale umanitario costituisce, nell'odierna Comunità internazionale, un apparato di norme che codifica l'insieme di regole attinenti allo *jus in bello* e le declina in una prospettiva umanitaria atta a porre l'attenzione dei soggetti belligeranti con un atteggiamento di riguardo nei confronti dell'individuo, d'altro canto viene da domandarsi se anche l'ambiente naturale possa considerarsi meritevole di protezione e di tutela nella disciplina dei conflitti armati a livello internazionale, in virtù della sua fragilità ecosistemica e in considerazione dei danni irreversibili che un conflitto potrebbe arrecare al territorio nonché all'habitat naturale in diverse aree geografiche. La Convenzione sulle tecniche di modifiche ambientali (ENMOD) del 1978 e le disposizioni ex art. 35 e 55, par. 1 del I Protocollo Addizionale del 1977 alle Convenzioni di Ginevra, possono essere ritenuti i principali strumenti giuridicamente vincolanti nel diritto internazionale umanitario atti a considerare l'atteggiamento cautelativo dello Stato nei confronti dell'ambiente naturale nel caso dei conflitti armati sia internazionali che interni. Tuttavia, nella prassi dei conflitti armati tali disposizioni vengono di sovente disapplicate o ignorante dagli Stati belligeranti, in ragione della mancata sensibilità delle parti in conflitto a riguardo della protezione ambientale.

Scopo del seguente lavoro non è quindi quello di esaminare le norme internazionali sul tema della protezione dell'ambiente nel caso dei conflitti armati, quanto piuttosto quello di considerare il significativo ruolo del Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP) quale soggetto di particolare rilevanza nel favorire la cooperazione internazionale in tema ambientale. In tali

[1] U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Il Diritto Internazionale: Diritto per gli Stati e Diritto per gli Individui*, Parti Speciali, Terza Ed., Giappichelli, Torino, 2020, 140.

circostanze, l'attività dell'UNEP si estrinseca sia mediante azioni preventive atte a proteggere l'ambiente da eventuali danni che potrebbero sorgere dall'attacco ad infrastrutture o industrie particolarmente pericolose per l'ambiente naturale, sia nel caso di valutazioni postbelliche, interessando quegli Stati recentemente coinvolti in conflitti armati col fine primario di cooperare con le istituzioni locali e incentivare nuove politiche nazionali in materia di tutela e protezione dell'ambiente.

2. Conflitti armati e tutela dell'ambiente tra diritto pattizio e soft-law

Il tema della protezione ambientale nei confitti armati internazionali ha gradualmente interessato il diritto internazionale umanitario. Ciò è avvenuto in una dimensione storica che solo a seguito del riconoscimento della centralità dell'individuo e della sua protezione nei conflitti armati ha ampliato il proprio raggio d'azione alle implicazioni ambientali in relazione alla condotta delle ostilità tra Stati. Tali considerazioni discendono altresì dal fatto che la mera protezione dell'individuo, senza tenere conto dell'ambiente naturale in cui esso vive, non avrebbe potuto offrire uno strumento di tutela *tout court* che tenesse veramente in conto la stretta correlazione sussistente tra individuo e ambiente[2]. Questo è ampiamente dimostrato, in una prospettiva storica, da alcuni casi di conflitti armati internazionali che hanno avuto un significativo impatto sul degradamento ambientale e quindi sull'ecosistema naturale, come nel caso del bombardamento della nave militare statunitense *USS Arizona* nel 1994[3], dall'utilizzo dell'erbicida tossico *Agent Orange* nel conflitto in Vietnam dal 1961 al 1971[4] nonché dal genocidio in Ruanda del 1994[5].

[2] Si veda la posizione della Corte Internazionale di Giustizia, nel *Parere consultivo sulla legalità della minaccia o dell'uso di armi nucleari* in cui, al par. 29, si afferma che «the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn», *ICJ Reports* 1996, 241 ss.

[3] L'affondamento della *USS Arizona* da parte dell'aviazione giapponese nel porto di Pearl Harbor provocò la morte di 1.177 membri dell'equipaggio rimasti al suo interno, facendo fuoriuscire in mare tra i 52mila e i 242mila litri di olio combustibile. La comunità scientifica americana ritiene che ulteriore carburante potrebbe continuare a fuoriuscire per i prossimi 500 anni a causa del fatto che circa 500.000 galloni di olio combustibile sono ancora bloccati nel serbatoio della nave. Diverse ricerche scientifiche hanno dimostrato che, se si verificasse una improvvisa e massiccia fuoriuscita di tale quantitativo di carburante, ciò potrebbe avere conseguenze irreversibili sul patrimonio biologico marino e sulla diversità biologica. Sul tema, si rimanda a J. NEIGHBOR, *The Battleship Arizona (BB-39) at Pearl Harbor*, in *Warship International*, vol. 1, n. 12, 1964, 266–266; C. WRIGHT, W. JURENS, *The U.S. Navy's Study of the Loss of Battleship "Arizona"*, in *Warship International*, vol. 39, n. 3, 2002, 247-299; M. RUSSELL, L. MURPHY, D. JOHNSON, T. FOECKE, P. MORRIS, R. MITCHELL, *Science for Stewardship: Multidisciplinary Research on USS Arizona*, in *Mechanical & Materials Engineering Faculty Publications*, vol. 38, n. 3, 2004, 35-44.

[4] Durante il conflitto le forze dell'esercito regolare del Vietnam del Nord, unitamente ai guerriglieri Vietcong, utilizzarono le fitte foreste del territorio sud-vietnamita per nascondersi dall'offensiva delle forze di Saigon filoamericane. A seguito della scoperta di tale strategia militare da parte delle forze militari del sud, l'esercito statunitense decise di irrorare un erbicida tossico denominato *Agent Orange* capace di disboscare considerevoli quantitativi di foreste e di rivelare la presenza delle truppe nemiche. Tale operazione non solo ha avuto un impatto rovinoso sull'intero patrimonio ambientale del Vietnam, alterando in maniera irreversibile la biodiversità del territorio vietnamita, ma ha anche impattato sulla salute umana, giacché il composto si rivelò possedere come agenti inquinanti diossine altamente tossiche, che portarono nel lungo termine all'insorgenza di nuove forme tumorali sia per la popolazione vietnamita che per i veterani di guerra degli Stati Uniti. Si veda R. STONE, *Agent Orange's Bitter Harvest*, in *Science*, vol. 315, n. 5809, 2007, 176–179; L. UZYCH, *Agent Orange, the Vietnam War, and Lasting Health Effects*, in *Environmental Health Perspectives*, vol. 95, 1991, 211–211; C. SCHMIDT, Charles, *The Fog of Agent Orange*, in *Scientific American*, vol. 314, n. 6, 2016, 70–75.

[5] Il fenomeno genocidario in Ruanda, condotto sulla base di una motivazione di persecuzione razziale e sterminio nei confronti della minoranza *tutsi*, è altresì riconducibile alle tensioni che si determinarono dal punto di vista etnico a seguito della progressiva riduzione delle risorse alimentari nel territorio. Inoltre, il tentativo di alcuni individui di scappare dalle persecuzioni etniche in corso nel paese, causò il rapido afflusso di parte della popolazione all'interno delle riserve naturali del Ruanda, aumentando la pressione sulle riserve naturali già in diminuzione dello Stato e con impatti negativi sulla biodiversità della fauna selvatica della regione, ritenuta una delle più varie ed inesplorate dell'Africa. UNEP (United Nations Environment Programme) e IISD (International Institute for Sustainable

Da ciò deriva la *ratio* di alcuni strumenti convenzionali in materia di protezione dell'ambiente in tempo di guerra: in primo luogo, è opportuno menzionare il ruolo della Convenzione sul divieto dell'uso di tecniche di modifica dell'ambiente a fini militari o ad ogni altro scopo ostile (anche nota come ENMOD, *Environmental Modification Convention*[6]) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 31/72 il 10 dicembre 1972 e poi entrata in vigore il 5 ottobre 1978 con 48 ratifiche e 76 Stati firmatari.

L'art. 1, par. 1 della Convenzione afferma che «Each State Party to this Convention undertakes not to engage in military or any other hostile use of environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party». La definizione di *environmental modification techniques* è offerta dall'art. 2 della Convenzione, che le qualifica come la deliberata manipolazione dei processi naturali, della dinamica, della composizione o della struttura della terra, inclusi la sua biota, litosfera, idrosfera e atmosfera, o dello spazio cosmico. Da ciò consegue che alcuni effetti che potrebbero derivare dall'uso di tecniche di modifica ambientale sono rappresentati da cambiamenti nelle condizioni meteorologiche o climatiche, alterazione delle correnti oceaniche o dello stato dello strato di ozono o ionosfera, oppure uno sconvolgimento dell'equilibrio ecologico di una regione. L'art. 3 specifica, inoltre, che le disposizioni della Convenzione non vietano l'utilizzazione di tecniche di modifica dell'ambiente a fini pacifici e non pregiudicano i principi generalmente riconosciuti e le norme applicabili del diritto internazionale relativi ad un tale utilizzo. Pertanto, l'azione deve consistere nella manipolazione dei processi naturali il cui fine ultimo è quello di provocare distruzione o degradamento ambientale. A ciò si aggiunge che tale condotta deve essere, ex art. 2, «deliberata», volendo con ciò intendersi una manipolazione intenzionale dei processi naturali, non considerando quindi la disposizione il mero danno collaterale derivante da un attacco contro un obiettivo militare (il caso di un bombardamento ad una fabbrica chimica che porta a un inquinamento atmosferico non ricadrebbe nello scopo e nell'applicazione della Convenzione)[7].

Il testo convenzionale, se da un canto risulta particolarmente dettagliato al fine di disciplinare il fenomeno di degrado ambientale circoscritto all'utilizzo militare delle tecniche di modifica ambientale, d'altro canto ha – e si tratta di un'intrinseca criticità - un campo di applicazione limitato ad un impatto ambientale «diffuso, durevole o grave» (art. 1), all'utilizzo «deliberato» (art. 2) di tali tecniche nonché alla capacità di vincolare le sole 48 parti contraenti del testo[8].

Le criticità della Convenzione in esame sembrano trovare solo una parziale soluzione nell'adozione del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra. In particolare, meritano di essere considerati in relazione al tema oggetto di analisi gli artt. 35 e 55, par.1. L'art. 35 afferma

---

Development), *Connecting poverty and ecosystem services: A series of seven country scoping studies*, Focus on Rwanda, Winnipeg, Manitoba, 2005.

[6] Cfr. *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques,* UN Documents. Reperibile *online* al sito: http://www.un-documents.net/enmod.htm.

[7] Y. DINSTREIN, *Protection of the Environment in International Armed Conflicts,* in *Max Planck of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, 527. Non da ultimo, la protezione dell'ambiente dall'utilizzo delle tecniche di modifiche ambientali non ha effetti *erga omnes,* vale a dire che non trova applicazione con riguardo ad uno Stato belligerante che non sia parte contraente delle Convenzione, nonostante il tentativo - evidentemente fallito - delle parti contraenti in fase negoziale di sancire obblighi di tale tipo per l'intera Comunità internazionale: sul tema, si veda G. FISCHER, *Le Convention sur l'Interdiction d'Utiliser des Techniques de Modification de l'Environnement a des Fins Hostiles*, in *Annuaire Français de Droit International*, vol.23, 1977, 830 s.

[8] L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ, 1977 *United Nations Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*, in N. RONZITTI, The *Law of Naval War-fare: A Collection of Agreements and Documents with Commentaries*, 1998, 651 ss.; A.H. WESTING, Environmental *Warfare*, in Environmental *Law*, vol.15, 1985, 663-664; J. GOLDBLAT, The *Environmental Modification Convention of 1977: An Analysis*", in A.H. WESTING, *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, 1984, 53 s.; W.D. VERWEY, *Protection of the Environment in Times of Armed Conflict: In Search of a New Legal Perspective*", in *Leiden Journal of International Law*, vol. 8, 1995, 7 ss.

che «It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment»[9]. L'art. 55, par. 1 si sofferma sull'atteggiamento di *due diligence* degli Stati in tali circostanze, sostenendo che «Care shall be taken in warfare to protect the natural environment against widespread, long-term and severe damage. This protection includes a prohibition of the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause such damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population».

Per quanto riguarda le disposizioni in questione, è possibile affermare che esse abbiano un campo di applicazione evidentemente più ampio rispetto a quanto previsto dalla Convenzione ENMOD. A differenza di quest'ultima, i due articoli del Primo Protocollo addizionale tengono conto della protezione dell'ambiente in una dimensione più olistica: il Protocollo sembra considerare un insieme di metodi o di mezzi della violenza bellica che, indipendentemente dal fatto che esse rientrano o meno nella qualificazione di *environmental modification techniques,* possono arrecare un danno all'ambiente naturale. Un ulteriore profilo distintivo del Protocollo rispetto alla Convenzione ENMOD riguarda il danno ambientale che, se nel caso della Convenzione deve essere deliberato o direttamente inteso a modificare l'ambiente, nel Protocollo include anche il danno ambientale non intenzionale e che tuttavia può causare consistenti perdite all'ambiente naturale[10]. Pertanto, se è pacifico constatare l'attenzione che il Protocollo dedica all'impatto del danno ambientale sulla salute dei civili, la mancanza di elementi preventivi atti a calcolare la gravità e l'impatto del danno militare prima sull'ambiente e quindi sulla popolazione ivi residente rende impossibile definire un margine di *liability* univoco che possa quantificare le proporzioni di tale perdita vuoi sull'ambiente vuoi sull'individuo.

L'adeguatezza solo parziale di questi strumenti convenzionali determinata da una specificità nello scopo delle disposizioni che, se, da un canto, rafforza la loro portata normativa, d'altro canto, ne sottolinea un campo di applicazione eccessivamente ristretto ha gradualmente spinto all'elaborazione di nuove norme di sviluppo progressivo su tale materia. Questo fenomeno ha portato alla nascita e allo sviluppo di due *corpus* normativi che, seppur inquadrabili in fonti di *soft-law*, restituiscono l'idea del necessario rafforzamento dei dispositivi convenzionali appena analizzati.

Il primo documento da menzionare è rappresentato dalle Linee guida sulla Protezione dell'Ambiente Naturale nei Conflitti Armati del Comitato Internazionale della Croce Rossa del 2020[11]. Nello specifico la Parte I delle Linee guida considera le norme del diritto internazionale umanitario che forniscono una protezione specifica all'ambiente naturale in quanto tale, la Parte II contiene regole generali di DIU che proteggono l'ambiente naturale, la parte III comprende le regole su armi specifiche che possono avere effetti particolarmente lesivi sull'ecosistema e la Parte IV include le regole del DIU sul rispetto, sull'attuazione e sulla diffusione delle regole di protezione dell'ambiente naturale.

Le Linee guida, inoltre, hanno come obiettivo principale non solo quello di codificare in un unico documento l'insieme di norme e principi, sia di natura consuetudinaria che convenzionale, che disciplinano la materia dei conflitti armati in relazione all'ambiente[12], ma intendono anche

[9] *Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime nei conflitti armati internazionali* (Primo Protocollo), 1977.

[10] Cfr. C. PILLOUD, J. PICTET, *Article 55*, in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 19 to the Geneva Conventions of 12 August 1949,* a cura di Y. SANDOZ et al., Comitato Internazionale della Croce Rossa, Ginevra, 1987, 661 s.

[11] Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict*, Ginevra, 2020.

[12] In particolar modo, le Parti I-III costituiscono un efficace lavoro di codificazione del Comitato sul tema. Cfr. Comitato Internazionale della Croce Rossa, *Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict*, cit., 27-100.

proporre alcune norme di sviluppo progressivo del diritto internazionale su questa materia, come nel caso della repressione dei crimini di guerra che riguardano l'ambiente naturale (regola 28), la formazione delle forze armate ad un utilizzo maggiormente responsabile dell'ambiente naturale in cui possono aver luogo le ostilità (regola 29), il rafforzamento degli strumenti di tutela della popolazione civile in relazione all'ambiente (regola 30) o, ancora, l'identificazione e la designazione di aree ambientali ricche di biodiversità o particolarmente fragili sotto il profilo ecosistemico come zone smilitarizzate[13].

Un ulteriore documento che evidenzia la necessità di definire nuove norme di sviluppo progressivo nel diritto internazionale umanitario sul tema ambientale è rappresentato dai lavori dello *Special Rapporteur* della Commissione di Diritto Internazionale sulla protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati, durante la 71esima sessione tenutasi da aprile ad agosto 2019[14]. Il documento rappresenta un'attenta ricognizione delle norme del diritto internazionale umanitario, considerando come le stesse disposizioni dei testi convenzionali di Ginevra già presuppongano in forma larvata un riferimento alla protezione dell'ambiente e della biodiversità nel caso di territori in cui si svolge un conflitto armato internazionale. Come si è visto, ciò è giustificato dallo stretto legame che si instaura tra la popolazione, che come da disposizioni delle Convenzioni di Ginevra è da considerarsi al di fuori delle ostilità e pertanto meritevole di protezione umanitaria, e l'ambiente circostante in cui questa risiede[15].

Ciononostante, l'attivismo giuridico, manifestato prima dalla Convenzione ENOMOD e dalle disposizioni del I Protocollo addizionale poi nonché dai due recenti documenti di *soft-law* appena menzionati, può ritenersi poco efficace nel garantire un quadro di tutela pieno ed effettivo nei confronti dell'ambiente nel caso dei conflitti armati. Come dimostrato ampiamente dalla prassi di questi conflitti, anche a seguito dell'adozione dei testi convenzionali presi ad esame, gli Stati belligeranti continuano a ignorare le disposizioni normative in questione, provocando quindi effetti irreversibili per il patrimonio ambientale durante i conflitti armati che questi intraprendono.

Nel solco di questo vuoto giuridico sembra collocarsi, con particolare efficacia, l'operato del Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP) che, sin dalla sua nascita, ha significativamente esteso il proprio ambito di intervento con partenariati specifici volti ad individuare la fragilità di alcuni territori e di sviluppare sia programmi preventivi per tutelare *ex ante* l'ambiente naturale che attività di c.d. *post-conflict management* tesi a sensibilizzare le istituzioni civili alla protezione del patrimonio di biodiversità di uno Stato uscito recentemente da un conflitto armato. Risulta quindi

[13] Recommendation 17 – *Conclusion of agreements to provide additional protection to the natural environment: Parties to a conflict should endeavour to conclude agreements providing additional protection to the natural environment in situations of armed conflict*, in *Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict*, cit., pt. 205-210, 81-83. La caratteristica distintiva delle Linee guida è quella di discostarsi dal più tradizionale approccio manualistico-dottrinale sul tema e di aver costituito un documento dotato di un certo livello di "praticità" nella valutazione onnicomprensiva delle norme di diritto internazionale umanitario in relazione all'ambiente e nella loro diretta attuazione da parte degli Stati nell'ambito di conflitti armati internazionali.

[14] *Second report on protection of the environment in relation to armed conflicts by Marja Lehto, Special* Rapporteur, International Law Commission, Seventy-first session, Geneva, 29 April–7 June 2019 e 8 July –9 August 2019.

[15] La Commissione ha analizzato il lavoro della *Special Rapporteur* Marja Lehto relativo alla tutela ambientale nei conflitti armati, con particolare riferimento al modo in cui le norme in materia di risorse naturali possono rafforzare la protezione dell'ambiente durante e dopo tali conflitti. La relazione del 2019 prendeva altresì in considerazione il tema della responsabilità sia degli Stati che degli attori non statali in relazione all'obbligo di *due regard* in capo ai belligeranti per la protezione e la preservazione dell'ambiente. Questo punto rappresenta probabilmente uno degli elementi più innovativi sul tema: infatti, il rapporto del 2019 considera per la prima volta un regime di responsabilità internazionale non solo con riguardo ai più classici conflitti armati internazionali, aventi come soggetti delle ostilità unicamente gli Stati, ma anche con specifico riferimento ai c.d. *Non-international armed conflicts*, vale a dire quei conflitti armati che si svolgono sul territorio di uno Stato tra le sue forze armate e forze armate dissidenti o gruppi armati organizzati che esercitano su una parte del territorio un potere tale da permettere loro di operare operazioni militari prolungate e concertate. Pertanto, anche su questi ultimi graverebbe un obbligo di *due diligence* di protezione dell'ambiente durante lo svolgimento delle ostilità.

fondamentale comprendere in prima analisi le funzioni ricoperte dall'UNEP in relazione al più generale obiettivo di protezione ambientale per poi considerare il ruolo del Programma onusiano con riguardo alla tutela preventiva dell'ambiente ed alla generale attività di dissuasione degli Stati da conflitti armati che potrebbero avere conseguenze irreversibili per il patrimonio ambientale.

3. Il ruolo dell'UNEP nella protezione internazionale dell'ambiente

Il tema della tutela e protezione dell'ambiente naturale assurge a problematica di centrale rilevanza nell'odierna Comunità internazionale. È infatti pacifico considerare che l'azione di coordinamento degli Stati a livello multilaterale sia andata rafforzandosi solo a partire dall'inizio degli anni '70 attraverso lo slancio delle Nazioni Unite nel convocare la Conferenza delle di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano, inaugurando una prima fase di sviluppo del diritto internazionale ambientale che la dottrina ha qualificato quale fase del *funzionalismo ambientale*[16]. In primo luogo, è opportuno considerare che, nonostante lo Statuto delle Nazioni Unite del 1945 non consideri espressamente all'art.1 la protezione dell'ambiente naturale tra gli obiettivi dell'Organizzazione, le preoccupazioni della comunità scientifica relativamente ad alcuni fenomeni di inquinamento capaci di avere un impatto transfrontaliero nonché un rilevante ed irreversibile danno a livello dell'ecosistema, hanno progressivamente indirizzato l'operato degli Stati alla negoziazione - e conseguente adozione - di nuove misure convenzionali a tutela dell'ambiente[17].

È proprio in questo contesto che, sempre nel 1972, viene istituito il primo programma internazionale a carattere universale dotato di specifiche competenze nell'ambito ambientale: il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP)[18]. Il Programma costituisce un organo sussidiario delle Nazioni Unite, dotato di forte autonomia e di una struttura amministrativa che vede come principali soggetti del Programma il Direttore esecutivo ed il Consiglio di amministrazione[19].

---

[16] Tale fase si contraddistingue per la conclusione di diversi trattati a carattere settoriale, tra cui si ricordano: la Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale del 1971; la Convenzione sul commercio internazionale delle specie minacciate di estinzione (CITIES), firmata a Washington D.C. nel 1973; la Convenzione per la protezione del Mar Mediterraneo dai rischi dell'inquinamento, entrata in vigore nel 1978; la Convenzione regionale del Kuwait per la cooperazione sulla protezione dell'ambiente marino dall'inquinamento, entrata in vigore nel 1979; la Convenzione sulla conservazione delle specie migratrici degli animali selvatici, entrata in vigore nel 1979 grazie al ruolo propulsivo dell'UNEP. Sul tema del funzionalismo ambientale, si rimanda a P.S. CHASEK, *Earth Negotiations, Analizing Thirty Years of Environmental Diplomacy*, UNU Press, Tokyo, 2001.

[17] Si pensi, a tal proposito, al caso dell'incidente della petroliera *Torrey Canyon*, avvenuto il 18 marzo 1967, che versò nel canale della Manica un carico di 120.000 tonnellate di petrolio con un impatto significativo sulle risorse biologiche marine tra Normandia e la costa britannica. Ciò determinò l'adozione di diverse convenzioni internazionali, tra le quali si ricordano: le due Convenzioni di Bruxelles del 29 novembre 1969, riguardanti l'intervento in alto mare in caso di incidenti che causino o possono causare inquinamento da idrocarburi e la responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi; la Convenzione di Bruxelles del 18 dicembre 1971, che istituì un Fondo internazionale per il risarcimento dei danni derivanti da inquinamento dei idrocarburi, la Convenzione di Londra del 29 dicembre 1972 sulla prevenzione dell'inquinamento da scarico di rifiuti altre sostanze e la Convenzione di Londra del 2 novembre 1973, modificata dal protocollo del 17 febbraio 1978 per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL). Sul tema, si rimanda a M. SPINEDI, *Problemi di diritto internazionale sollevati dal naufragio «Torrey Canyon»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1967, 653 ss.

[18] Inizialmente, la Conferenza sull'ambiente umano convocata a Stoccolma dall'Assemblea generale dell'ONU nel giugno del 1972, non aveva espressamente previsto l'istituzione di un organo internazionale con competenze in materia ambientale. La creazione dell'*United Nations Environmental Program* (UNEP) risale infatti alla risoluzione 2997 (XXVII) dell'Assemblea generale del 15 dicembre 1972.

[19] La Risoluzione 2997 (XXVII) dell'Assemblea generale ONU considera, al cap. 1, art. 2 della Risoluzione, l'obiettivo del Consiglio di amministrazione «(a) to promote international cooperation in the field of the environment and to recommend, as appropriate, policies to this end» ed, alla lett. b, «to provide general policy guidance for the direction and coordination of environmental programmes within the United Nations system». Inoltre, la risoluzione considera al terzo capitolo l'istituzione di un Fondo ambientale, con l'obiettivo, *ex* art. 2, di coordinare, sotto la guida del Consiglio di amministrazione, i programmi ambientali all'interno del sistema delle Nazioni Unite per tenere sotto controllo la loro

L'azione dell'UNEP si estrinseca attraverso funzioni di studio e operative, nonché nell'offrire l'assistenza tecnica agli Stati in via di sviluppo che intendano rafforzare il proprio impegno ambientale. Ciononostante, la stessa struttura dell'UNEP non permette a tale organo un'autonomia decisionale o un ambito discrezionale tale da poter emettere atti a rilevanza esterna giuridicamente vincolanti: l'attività dell'organo si esplica infatti mediante emanazione di raccomandazioni e linee guida agli Stati o nella stesura di progetti di convenzioni ambientali che possono poi essere sottoposti alla ratifica degli Stati. La rilevanza di questi documenti non è tuttavia trascurabile nel diritto internazionale dell'ambiente. Come spesso rilevato dalla dottrina[20], l'adozione di linee guida, di raccomandazioni o di documenti tecnico-scientifici favorisce una funzione normativa dinamica e *sui generis* di tale settore del diritto internazionale: in virtù della loro natura tecnica e operativa, questi documenti non richiedono un processo un processo di approvazione o di ratifica da parte degli Stati[21], giacché essi vengono formulati a seguito delle considerazioni della comunità scientifica in relazione a determinati fenomeni naturali e quindi direttamente allegati alle convenzioni ambientali già precedentemente ratificate dagli Stati.

È quindi possibile considerare l'azione dell'UNEP particolarmente rilevante soprattutto per quanto concerne la prassi dell'implementazione di *standard* comuni a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite nonché nella successiva adozione di strumenti convenzionali universali e regionali in materia di diritto internazionale dell'ambiente[22]. L'UNEP ha quindi gradualmente ampliato il suo raggio di azione e considerato, sin dai primi anni dalla sua istituzione, il tema della protezione ambientale con riguardo ai conflitti armati internazionali.

4. L'operato dell'UNEP nella protezione ambientale in relazione ai conflitti armati internazionali

Appare adesso opportuno comprendere in che modo l'operato dell'UNEP possa praticamente estrinsecarsi nell'ambito dei conflitti armati internazionali. Sotto questo profilo, è opportuno constatare che l'attività di protezione e tutela dell'ambiente naturale ha luogo in due precisi momenti in relazione al conflitto armato: con un operato *ex ante*, e quindi di protezione da eventuali minacce o danni ambientali derivanti dal *targeting* nei confronti di installazioni industriali

implementazione e per valutarne l'efficacia. Il fine correlato all'istituzione del Fondo viene ricavato dall'art.3 del capitolo in questione, in cui si specifica che «il Fondo sarà utilizzato per finanziare programmi di interesse generale quali sistemi di monitoraggio, valutazione e raccolta dati regionali e globali, […]; il miglioramento della gestione della qualità ambientale; ricerca ambientale; scambio e diffusione di informazioni; istruzione e formazione pubblica; assistenza per istituzioni ambientali nazionali, regionali e globali; la promozione di ricerche e studi ambientali per lo sviluppo di tecnologie industriali e di altro tipo più idonee ad una politica di crescita economica compatibile con adeguate salvaguardie ambientali [trad.]».

[20] A tal proposito, si veda A. BOYLE, *The choice of a treaty: hard law versus soft law*, in AA. VV., *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, a cura di S. CHESTERMAN, D. M. MALONE, S. VILLALPANDO, Oxford University Press, Oxford, 2019, 101-117.

[21] «Environmental soft law is quite often important for this reason, setting detailed rules or more general standards of best practice or due diligence to be achieved by the parties in implementing their obligations. These 'ecostandards' are essential in giving hard content to the open-textured terms of framework environmental treaties», P. BIRNIE, A. BOYLE, C. REDGEWELL, *International Law & the Environment*, Terza Ed., Oxford, 2009, 19. ss.

[22] Si pensi all'avvio dei negoziati in seno a tale organo, nel 1982, che portarono alla conclusione tre anni dopo della Convenzione di Vienna sulla protezione della fascia di ozono, avendo poi seguito il Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987 sulle sostanze che impoveriscono l'ozonosfera, o ancora l'adozione del Programma di Montevideo sullo sviluppo del diritto ambientale e la Convenzione per la protezione del Mar Mediterraneo dai rischi dell'inquinamento, firmata a Barcellona nel febbraio 1976 sulla base del Programma di protezione dei mari regionali, adottato sempre in ambito UNEP. Sul tema, si rimanda a Cfr. S. MARCHISIO, *Mediterranean Sustainable Development in International Law*, in *Environmental Policy and Law*, 1996, 260-267; U. LEANZA, *Il principio di sviluppo sostenibile e il "sistema di Barcellona"*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, atti dell'XI Convegno della Società italiana di diritto internazionale (Alghero, 16-17 giugno 2006), Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, 279 ss.

critiche il cui attacco armato potrebbe determinare seri danni all'ambiente naturale; ed un intervento *ex post*, essendo in questo caso l'UNEP coinvolto sul territorio di uno Stato recentemente interessato da un conflitto armato internazionale o interno.

In queste circostanze, l'UNEP ha predisposto degli *Special Programme*, vale ai dire dei progetti di partenariato e i vari Stati beneficiari, volti a fornire expertise tecnica nella corretta gestione e protezione dell'ambiente in territori particolarmente a rischio di danni all'ecosistema, sia in tempo di pace che nel caso di *post-conflict managment*. Lo *Special Programme* compone l'attività dell'UNEP di due settori principali: un settore economico ed uno scientifico. Nel primo caso, il Programma dell'ONU definisce un budget di riferimento nei confronti dello Stato beneficiario del piano di investimenti. L'entità delle somme stanziate dipende da una serie di fattori, tra cui rientra: la differenziazione tra intervento *ex ante* o valutazione postbellica del danno ambientale, eventuale attività di sensibilizzazione e formazione della popolazione civile e delle istituzioni locali ed infine la quantità del personale ONU e del personale tecnico-scientifico da destinare sul territorio. Per quanto riguarda l'ambito scientifico, lo *Special Programme* intende individuare le principali criticità derivanti da un attacco armato in relazione all'ambiente circostante e a sviluppare piani di *governance* ambientali che siano economicamente e socialmente sostenibili con l'habitat naturale della regione in cui ha sede il Programma speciale.

4.1. L'azione preventiva dell'UNEP con gli Special Programme

Il principale lavoro dell'UNEP attraverso gli *Special Programme* è quello di garantire una consulenza tecnica nell'ambito delle attività industriali che potrebbero essere lesive per l'ambiente se attaccate militarmente, nonché nel rafforzare le buone pratiche di *due diligence* degli Stati in materia ambientale. Come è noto, tali pratiche, dal punto di vista amministrativo interno, vengono denominate valutazioni d'impatto ambientale, considerando quell'insieme di azioni che lo Stato deve mettere in atto al fine di individuare i possibili effetti e le ripercussioni negative che potrebbero derivare all'ambiente naturale da una determinata attività economica che lo Stato intende condurre all'interno del proprio territorio[23]. Se, da un lato, tali procedure afferiscono a meccanismi amministrativi interni di valutazione, dall'altro, l'attività complementare dell'UNEP si estrinseca soprattutto con riguardo a Paesi in via di sviluppo o particolarmente fragili sul versante geopolitico, vale a dire strategicamente più a rischio di *escalation* militari sia interni che internazionali.

Allo stato attuale, 42 Stati membri delle Nazioni Unite, con una particolare concentrazione nella regione dell'Asia, dell'Africa e del Sud-America, sono coinvolti in *Special Programme* dell'UNEP. In questi territori l'operato dell'UNEP trova applicazione con particolare riferimento ad alcune convenzioni ambientali particolarmente rilevanti che, pur non applicandosi *strictu senso* con riguardo a conflitti armati internazionali o interni che possono interessare uno Stato, richiedono un livello di applicazione e di monitoraggio particolarmente rilevante.

Si tratta della Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione del 1989, della Convenzione di Rotterdam del 1998 (che disciplina le esportazioni e le importazioni di alcuni prodotti chimici e pesticidi pericolosi), della Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti del 2001 ed infine della Convenzione di Minamata sul mercurio del 2017[24]. A questi accordi fa seguito altresì l'Approccio strategico alla gestione

[23] U. LEANZA, I. CARACCIOLO, Il Diritto Internazionale: Diritto per gli Stati e Diritto per gli Individui, Parti Speciali, cit., 400 s.

[24] Cfr. La Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione del 1989, entrata in vigore nel 1992, la Convenzione di Rotterdam del 1998, in vigore dal 2004, la Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti del 2001 e la Convenzione di Minamata sul mercurio, entrata in vigore nell'agosto 2017. In misura generale, è possibile considerare questi strumenti convenzionali come particolarmente utili nella definizione di un quadro giuridico internazionale volto ad incrementare il monitoraggio dell'utilizzo e dello smaltimento di rifiuti e sostanze chimiche particolarmente pericolose a livello ambientale ed il più generale obiettivo di

internazionale dei prodotti chimici (Strategic Approach to International Chemicals Management - SAICM), lanciato nel 2006 proprio sotto l'egida dell'UNEP, fungendo questo da stimolo alla cooperazione internazionale per minimizzare gli impatti negativi legati all'uso di sostanze chimiche sia sulla salute umana che sull'ambiente naturale[25].

L'azione preventiva dell'UNEP, sulla base delle summenzionate convenzioni, trova applicazione soprattutto con riferimento a Stati in via di sviluppo, e quindi non in grado di possedere quell'insieme di *know-how* specifici per una gestione sostenibile e corretta di tali sostanze chimiche che potrebbero rappresentare un rischio rilevante sia per l'ambiente circostante che per la popolazione locale, se non gestiti correttamente.

Nella regione sudamericana, è interessante menzionare alcuni *Special Programme* che l'UNEP ha avviato nei pressi di installazioni industriali particolarmente a rischio in virtù della loro prossimità con habitat di particolare pregio ambientale. La Bolivia è interessata da un programma che mira a rafforzare la gestione nazionale e sostenibile delle sostanze chimiche e di rifiuti pericolosi in alcune aree particolarmente fragili dell'ecosistema boliviano[26]. Il progetto intende promuovere una gestione ecologicamente corretta delle sostanze chimiche e dei rifiuti pericolosi in collaborazione con il Ministero dell'Ambiente, della Biodiversità, dei cambiamenti climatici e della gestione e sviluppo delle foreste. Il fine primario dell'UNEP nel progetto è quello di monitorare l'implementazione degli impegni assunti attraverso le convenzioni di Basilea, Rotterdam, Stoccolma e Minamata nonché la formulazione proposte legislative ambientali nazionali per la corretta gestione delle sostanze chimiche e dei rifiuti pericolosi, anche in relazione all'Approccio strategico per la gestione internazionale dei prodotti chimici. Infine, l'UNEP svolge una valutazione d'impatto ambientale attraverso l'elaborazione di documenti tecnico-scientifici con programmi di valutazione e gestione del rischio per la riduzione dei disastri chimici.

Per quanto concerne la regione africana, è interessante menzionare lo *Special Programme* dell'UNEP sia in Uganda che in Nigeria. Con riguardo al primo soggetto, l'attività dell'UNEP viene posta in essere in virtù della larga importazione sul territorio ugandese di sostanze chimiche utilizzate in numerosi settori industriali. Allo stato attuale, l'Uganda non dispone da sola delle necessarie capacità istituzionali e tecniche per la corretta gestione delle sostanze chimiche durante il loro ciclo di utilizzo. Lo *Special Programme* mira in questo caso a rafforzare la capacità delle istituzioni nazionali nel monitorare l'attuazione del suo quadro normativo per la corretta gestione delle sostanze chimiche. Grazie all'UNEP è stato istituito un Comitato tecnico multisettoriale sulla

---

cooperazione sia a livello internazionale sia a livello transfrontaliero, per regolarizzare lo smaltimento di rifiuti pericolosi nonché sui regimi risarcitori e di responsabilità internazionale derivate dallo scorretto utilizzo di questi ultimi.

[25] L'Approccio strategico alla gestione delle sostanze chimiche a livello internazionale prevede il coinvolgimento di partner diversi e settori differenti (governi, istituti di ricerca, industria, associazioni ambientaliste, associazioni dei consumatori) e interviene sull'intero ciclo di vita delle sostanze per ridurne il rischio per la salute umana e l'ambiente. Il principale strumento per il raggiungimento degli obiettivi contenuti nel documento è rappresentato dal "Piano globale d'azione", rivolto sia ai decisori politici che ai soggetti interessati, con gli obiettivi di: a) contribuire a gestire efficacemente le sostanze chimiche sia all'interno dei Paesi sviluppati che nei Paesi in via di sviluppo; b) rafforzare la cooperazione internazionale mediante l'adozione di nuovi accordi internazionali sul tema; c) garantire che le sostanze chimiche di particolare rischio per la salute umana e per l'ambiente non vengono più prodotte o utilizzate, suggerendo l'adozione di sostanze sostitutive più efficaci e sostenibili; d) garantire che i rischi collegati a rilasci non intenzionali di sostanze chimiche pericolose per la salute umana e per l'ambiente siano ridotte al minimo; e) monitorare e controllare le sostanze chimiche in cui rischi non possono essere adeguatamente controllati; f) incentivare la trasmissione di informazioni scientifiche rilevanti sui rischi per la salute umana e per l'ambiente di determinate sostanze chimiche. Il SAICM prevedeva il suo esaurimento al 2020, mediante la conferenza internazionale per la gestione delle sostanze chimiche (International Conference on Chemicals Management – ICCM), tuttavia durante l'ultimo incontro del 2015 i governi hanno deciso di prolungare il suo mandato di azione e di collocare questi obiettivi nell'ambito dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

[26] Cfr. *Strengthening of National Capacities for Chemical Substances and Hazardous Waste Management in the Plurinational State of Bolivia*, reperibile *online* al sito https://www.unep.org/explore-topics/chemicals-waste/what-we-do/special-programme/special-programme-projects-database-41.

corretta gestione dei prodotti chimici, un programma di formazione pubblico-privato sul controllo dei rifiuti e sull'etichettatura delle sostanze chimiche, con la conseguente creazione di una banca dati nazionale sui prodotti chimici e sui rifiuti potenzialmente pericolosi a livello ambientale[27].

Con riferimento invece al caso nigeriano, lo *Special Programme* dell'UNEP affronta una serie di questioni e raccomandazioni prioritarie identificate dalla Nigeria, come contenuto nel suo "Piano aziendale sulle esigenze prioritarie per consentire un ulteriore rafforzamento delle infrastrutture legali e istituzionali per una sana gestione dei prodotti chimici in Nigeria". Il progetto intende ulteriormente rafforzare il quadro giuridico esistente, le infrastrutture istituzionali e le strategie nazionali per la corretta gestione dei prodotti chimici e dei rifiuti in Nigeria. Lo *Special Programme* sul territorio, in scadenza a ottobre 2021, ha istituito un Comitato nazionale per le sostanze chimiche e intrapreso attività di formazione, sia per imprenditori privati che per rappresentanti delle autorità nazionali, volti a favorire la cooperazione ambientale anche in relazione ad eventuali attività industriali che potrebbero essere di particolare pericolo per la biodiversità nazionale[28].

4.2. Il *post-conflict managment*

I conflitti armati internazionali possono arrecare un danno irreversibile e difficilmente quantificabile all'ambiente naturale. Nel caso del bombardamento delle forze irachene a 600 pozzi petroliferi a seguito della guerra del Golfo in Kuwait del 1991[29] si determinò un danno ambientale sul territorio kuwaitiano di circa 85 miliardi di dollari[30]. Un caso ancor più recente è rappresentato dall'intervento a guida dell'Arabia saudita il 26 marzo 2015 nella guerra civile in Yemen. L'operazione, soprannominata *Decisive Storm*, ha avuto un impatto disastroso sulle risorse alimentari dello Yemen, determinando scarsità di acqua, mancanza di fornitura energetica e mettendo 19 milioni di yemeniti di fronte al problema della totale assenza di cibo[31]. In questo caso, la contaminazione delle acque e dei terreni agricoli ha avuto una ripercussione prima sull'ambiente naturale e poi sulla popolazione civile, che continua a risentire di problemi quale la scarsità di cibo

[27] Cfr. *Strengthening national institutional capacity in sound management of chemical and waste in Uganda*, reperibile *online* al sito https://www.unep.org/explore-topics/chemicals-waste/what-we-do/special-programme/special-programme-projects-database-23.

[28] Cfr. *Strengthening of the legal and institutional infrastructures for sound management of chemicals in Nigeria* reperibile *online* al sito https://www.unep.org/explore-topics/chemicals-waste/what-we-do/special-programme/special-programme-projects-database-20.

[29] Cfr. A. ROBERTS, *Environmental Destruction in the 1991 Gulf War*, in *ICRC Meeting of Experts on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict*, Ginevra, 27-29 aprile 1992, 538-553; J. SEACOR, *Environmental Terrorism: Lessons from the Oil Fires of Kuwait*, in *American University International Law Review*, vol. 10, n. 1, 1996, 481-523.

[30] Cfr. UNEP, *Desk Study on the Environment in Iran*, 2003, reperibile *online* al sito https://postconflict.unep.ch/publications/Iraq_DS.pdf. Inoltre, a seguito del conflitto venne istituito un meccanismo di reclamo e riparazione per i danni ambientali, vale a dire la Commissione per il risarcimento delle Nazioni Unite (UNCC). Il suo scopo verteva anzitutto nel definire i regimi risarcitori per gli Stati maggiormente colpiti dai danni ambientali e dalle perdite finanziarie e di combattenti durante la guerra. Ciò appare particolarmente interessante se si tiene conto del fatto che questo fu il primo conflitto armato internazionale in cui venne istituita una commissione risarcitoria atta a valutare e indennizzare il danno ambientale.

[31] **«**Beginning with the Yemeni civil war that continued decades of ill-governance, corruption bred by tribal rivalry, and environmental degradation, almost two thirds of the Yemeni population—a staggering nineteen million Yemenis—are now suffering from clean water shortage and sanitation access. Around twenty-six million Yemenis—80 percent of the population—are in need of assistance, with around eleven million children in need of support. The latest Integrated Food Security Phase Classification (IPC) data up to January 2019 show that 15.9 million people—around 53 percent of the population—are facing acute food insecurity», H. FATHALLAH, *Winning the humanitarian war in Yemen,* in *Atlantic Council*, 2019, reperibile online al sito https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/winning-the-humanitarian-war-in-yemen/.

e acqua, la malnutrizione infantile e la mancanza di terre coltivabili, nonché da ultimo il sempre più frequente caso delle migrazioni ambientali, sia interne allo Yemen che verso altri paesi del Golfo[32].

In queste circostanze, l'operato dell'UNEP è particolarmente rilevante soprattutto a seguito del conflitto armato. A partire dal 1999, l'UNEP ha condotto oltre venticinque valutazioni postbelliche al fine di determinare gli impatti ambientali dei conflitti armati. Ciò è stato possibile attraverso l'elaborazione di apposite linee guida o di *Desk Study*[33] che hanno interessato l'Iraq, il Kosovo, l'Afghanistan, il Sudan o il territorio della striscia di Gaza. Pertanto, in questi contesti lo *Special Programme* mira a stanziare fondi *ad hoc* nei confronti dello Stato beneficiario ed a coinvolgere la comunità scientifica e civile residente sul territorio per elaborare programmi di sviluppo delle tecnologie digitali in relazione alla tutela e protezione dell'ambiente (mediante lo sfruttamento dei c.d. *big data*) e rafforzare il monitoraggio sistematico per il rilevamento dei danni ambientali e dei rischi causati dai conflitti armati al fine di costruire un ecosistema digitale volto a mappare, mitigare e monitorare i rischi per l'ambiente e la popolazione dello Stato interessato.

A partire dal 2018, l'UNEP ha avvivato uno *Special Programme* in Iraq in grado di monitorare i danni ambientali derivanti dai conflitti interni che imperversano sul territorio, anche a seguito della parziale occupazione del territorio iracheno da parte dello Stato islamico dal 2014 al 2017. In tali circostanze, il principale scopo dell'UNEP era volto a rafforzare la capacità degli organi di governo iracheno per far fronte alle future emergenze ambientali che potrebbero derivare da attacchi contro installazioni qualificate come 'critiche', come nel caso dei pozzi petroliferi di recente espansione sul territorio[34]. Il *know-how* fornito in questo caso si concentra sul rafforzamento delle unità scientifiche in grado di valutare eventuali danni ambientali o chimici ad aree coltivabili e agricole e di fornire attrezzature e competenze specifiche per documentare l'inquinamento chimico legato ai giacimenti petroliferi, per poi procedere alla successiva fase di de-contaminazione. Sempre con riguardo al territorio iracheno, oggetto di particolari sforzi da parte del Programma ambientale delle Nazioni Unite, pare altresì opportuno considerare la recente istituzione, nel settembre 2019, di un apposito meccanismo di formazione e sensibilizzazione ambientale volto ad incrementare la conoscenza di tutte le parti coinvolte (economiche, militari, accademiche e civili) sugli eventuali rischi derivanti dalle fuoriuscite di petrolio e sul loro impatto sia sull'ambiente che sulle comunità locali. A tal proposito l'UNEP ha anche sviluppato sul territorio nuove tecniche di sperimentazione per la pulizia e la decontaminazione biologica di agenti chimici pericolosi sia per l'ambiente che per la popolazione locale.

Con riferimento al Sudan, interessato da conflitti armati sia interni che internazionali durante gli ultimi cinquanta anni, la valutazione ambientale postbellica dell'UNEP ha chiarito che il territorio è colpito da una serie di gravi problemi ambientali, strettamente legati alle dinamiche sociali e politiche del paese interessato da conflitti, insicurezza alimentare e sfollamento[35]. L'UNEP ha

[32] I due casi appena descritti non esauriscono l'ampia letteratura storica in materia di conflitti armati e il loro impatto sull'ambiente, se si tiene conto anche dei casi del Kosovo, dei conflitti tra Israele e Libano o del recente ritiro dell'ISIS nella regione Medio-orientale. Nel caso del Kosovo, dozzine di siti industriali furono bombardati durante il conflitto nel 1999, provocando la contaminazione chimica tossica a Pančevo, Kragujevac, Novi Sad e Bor e hanno lanciato l'allarme per il potenziale inquinamento del fiume Danubio. In un altro esempio, si stima che da 12.000 a 15.000 tonnellate di olio combustibile siano state rilasciate nel Mar Mediterraneo in seguito al bombardamento della centrale elettrica di Jiyeh durante il conflitto tra Israele e Libano nel 2006. Più recentemente, il conflitto armato in Iraq, iniziato nel giugno 2014 e terminato con la cattura delle ultime aree controllate e il ritiro dei militanti dell'ISIS nel 2017, ha lasciato una profonda impronta ambientale: quando i militanti si ritirarono, diedero fuoco ai pozzi petroliferi innescando il rilascio nell'aria di miscele tossiche di anidride solforosa, biossido di azoto, monossido di carbonio, idrocarburi policiclici aromatici, particolato e metalli come nichel, vanadio e piombo.

[33] *Supra* note 9,10 e 33.

[34] Sul tema, si veda la scheda dell'UNEP in relazione all'Iraq, disponibile *online* al sito https://www.unep.org/news-and-stories/story/cleaning-after-isis-how-iraqs-new-chemicals-team-trying-undo-years-conflict.

[35] Cfr. UNEP, *Sudan: Post- conflict environmental assessment*, 2007, reperibile *online* al sito https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Sudan.pdf.

suggerito un'azione correttiva mediante investimenti verso una migliore *governance* ambientale che possono essere finanziati prevalentemente dai guadagni economici dello Stato derivanti dalle esportazioni di petrolio. Nonostante l'elevato livello di degrado ambientale nel Sudan settentrionale, centrale, orientale e occidentale, rappresentato perlopiù da fenomeni quali la desertificazione e deforestazione nonché dai danni della costa settentrionale agli habitat marini, l'UNEP suggerisce un rafforzamento dei meccanismi di cooperazione ambientale sia a livello delle istituzioni centrali, sia mediante una localizzazione di programmi di sviluppo locale volti a stimolare partenariati con soggetti privati sul tema della protezione dei territori che potrebbero essere colpiti da un'accelerazione nei fenomeni di degrado ambientale[36]. Secondo l'UNEP, tali sistemi di *governance* devono essere collocati nel solco degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, attraverso l'elaborazione di nuove forme di partenariato in grado di coinvolgere attivamente la popolazione civile e da catalizzare nuove opportunità ecosostenibili sul territorio sudanese.

Ulteriore profilo riguarda il caso della guerra in Kosovo: a seguito del conflitto avvenuto tra il 1998 e il 1999 l'intensità degli attacchi aerei ed il *targeting* di strutture militari industriali determinarono un disastro ambientale con pesanti ripercussioni sull'inquinamento di aria, terra e acqua. L'UNEP ha quindi avviato, d'intesa con il Centro delle Nazioni Unite per gli insediamenti umani (UNCHS) la *Balkans Task Force* (BTF), che successivamente si è evoluta in *UNEP Post-Conflict Branch*, per fornire una valutazione neutrale e indipendente della situazione ambientale a seguito del conflitto armato. La valutazione postbellica svolta dall'UNEP nel 1999 è quindi sfociata in un rapporto intitolato *The Kosovo Conflict: Consequences for the Environment & Human Settlements*[37]. Il lavoro considera l'impatto della contaminazione chimica nei siti industriali bombardati, i danni ai parchi naturali e alla biodiversità, gli impatti sugli insediamenti umani e i rischi generali per la salute umana.

Infine, è interessante menzionare le raccomandazioni dell'UNEP in relazione al *post-conflict assessment* elaborato nei confronti dell'Afghanistan, interessato quest'ultimo da conflitti armati a partire dal 2001 con l'invasione del territorio da parte di milizie di soldati talebani e tuttora coinvolto in conflitti armati regionali che prevedono, *inter alia*, il coinvolgimento in missioni di *peacekeeping* di organizzazioni internazionali tra cui la NATO[38]. Nella valutazione dell'UNEP, il principale fattore di rischio alla sicurezza e alla stabilità politica dell'Afghanistan è da ascrivere alla competizione regionale sulle risorse ambientali del territorio, rappresentati dai bacini d'acqua di Helmand e Amu Darya, la gestione delle foreste nelle province orientali e le aree protette nel corridoio del Wakhan e nel bacino del Sistan[39]. L'UNEP ha favorito una serie di colloqui inter-istituzionali sulla gestione ambientale transfrontaliera, che sono poi stati ripresi nel quadro dell'organizzazione regionale ECO (*Economic Cooperation Organization*)[40]. L'opinione dell'UNEP in relazione ai conflitti armati che

[36] Cfr. UNEP, *Sudan: Post- conflict environmental assessment*, cit., 328-329.

[37] Il documento è reperibile *online* al sito https://postconflict.unep.ch/publications/finalreport.pdf.

[38] Cfr. UNEP, *Afghanistan: Post- conflict environmental assessment*, 2002, reperibile *online* al sito https://postconflict.unep.ch/publications/afghanistanpcajanuary2003.pdf.

[39] A seguito dei negoziati tra Iran e Afghanistan sulla condivisione del fiume Helmand, l'accordo finale non è stato ratificato dall'Afghanistan a causa dell'instabilità politica. Tuttavia, sulla gestione transfrontaliera del fiume Amu Darya sono da menzionare due importanti accordi: l'Accordo di frontiera del 1946 tra l'Afghanistan e l'ex Unione Sovietica e il Trattato del 1958 riguardante il confine sovietico-afghano. Questi accordi hanno istituito una commissione internazionale con il compito di monitorare l'uso e la qualità delle risorse idriche di frontiera. Ciononostante, non sono stati compiuti progressi da parte delle istituzioni per la gestione transfrontaliera a causa dei conflitti interni tuttora in corso nella regione.

[40] L'ECO è un'organizzazione intergovernativa fondata nel 1985 da Iran, Pakistan e Turchia allo scopo di uno sviluppo socioeconomico sostenibile degli Stati membri. Nel 1992, l'ECO è stato ampliato per includere lo Stato Islamico dell'Afghanistan, la Repubblica dell'Azerbaigian, la Repubblica del Kazakistan, la Repubblica del Kirghizistan, la Repubblica del Tagikistan, il Turkmenistan e la Repubblica dell'Uzbekistan. La prima riunione ministeriale ECO sull'ambiente si è tenuta a Teheran il 15 dicembre 2002. I partecipanti hanno concordato la Dichiarazione di Teheran sulla cooperazione tra gli Stati membri ECO nonché su un piano d'azione volto a considerare l'armonizzazione degli

vedono interessato l'Afghanistan è quella che solo mediante uno scenario di cooperazione che veda l'elemento della tutela ambientale quale prerogativa primaria di cui tutti gli attori locali e regionali devono tenere considerazione sia possibile garantire una dimensione securitaria effettivamente stabile e capace di perdurare nel lungo periodo.

5. Conclusioni

Proteggere l'ambiente durante i conflitti armati internazionali ed interni rappresenta un tema di recente dibattito all'interno della Comunità internazionale. Invero, se da un lato il diritto internazionale dei conflitti armati, ormai tramutatosi nel più estensivo diritto internazionale umanitario, ha storicamente tentato di disciplinare la condotta delle ostilità prima tra Stati e poi a livello interno, in tali circostanze la materia della protezione ambientale è stata frequentemente considerata quale oggetto di secondaria rilevanza nel dibattito internazionale. Ciò è avvenuto perché la depredazione ambientale durante le ostilità appariva quale un elemento fisiologico ed inalienabile della necessaria 'consumazione' dello scontro armato tra le parti coinvolte. Il territorio interessato dalle ostilità, indipendentemente dal patrimonio ambientale o biologico che esso possedeva, veniva considerato quale area geografica ineluttabilmente sottoposta all'utilizzo e sfruttamento strategico da parte delle forze armate dell'uno o dell'altro Stato.

Solo a partire dagli anni '70, è possibile ravvisare un cambio di passo sotto due profili sostanziali: da un canto, lo sviluppo di nuovi armamenti bellici che ha notevolmente innalzato il livello di severità dei conflitti armati interni ed internazionali - con evidenti ripercussioni anche sul graduale rafforzamento degli strumenti di tutela umanitaria - d'altro canto, una sensibilità accresciuta della Comunità internazionale che solo a partire dalla Conferenza di Stoccolma del 1972 ha riconosciuto l'esigenza di considerare nuovi regimi convenzionali di tutela a favore dell'ambiente naturale, rilevando altresì la stretta correlazione che sussiste tra quest'ultimo ed il tessuto sociale che lo popola. Tuttavia, i principali strumenti convenzionali adottati in materia di protezione dell'ambiente all'interno dei conflitti armati possiedono un campo di azione particolarmente limitato: se la Convenzione ENMOD risulta disciplinare le fattispecie del divieto di modifiche ambientali nei conflitti armati, così come anche gli artt. 35 e 55, par. 1 del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra in relazione al più generale obbligo di *due regard* degli Stati in considerazione alla protezione ambientale, si è visto come in tali circostanze gli Stati tendano costantemente ad ignorare le disposizioni in questione, con evidenti ripercussioni sui territori statali che sono interessati da conflitti armati, siano essi interni ovvero internazionali.

Di fronte alla sistematica disapplicazione delle disposizioni convenzionali volte a tutelare l'ambiente in tempo di guerra e stante la mancanza di vincolatività dei recenti lavori della Commissione di Diritto Internazionale e del Comitato Internazionale della Croce Rossa sul tema, il contributo dell'UNEP sembra rappresentare lo strumento più efficace per sensibilizzare gli Stati ad una *governance* ambientale che possa tenere conto della protezione degli habitat naturali. Attraverso lo sviluppo di nuovi programmi *ad hoc* con Stati aderenti, l'UNEP facilita lo scambio di informazioni e di dati scientifici volti a rafforzare la resilienza dei sistemi statali derivanti dall'eventuale *targeting* di altri Stati ad industrie o siti che lavorano sostanze chimiche pericolose, il cui attacco determinerebbe significativi danni ambientali al territorio circostante. Anche con riferimento al *post-conflict managment*, le valutazioni postbelliche sono particolarmente utili per

standard ambientali, le tecnologie rispettose dell'ambiente, la gestione ambientale urbana, il miglioramento dei sistemi di valutazione d'impatto ambientale, l'ecoturismo, l'istituzione di un *ECO Environmental College* e lo sviluppo di un *ECO Environmental Fund*. È stato inoltre promesso sostegno all'Afghanistan per lo sviluppo e il rafforzamento delle sue autorità ambientali e per la creazione di un'agenzia per la protezione ambientale.

Stati recentemente coinvolti in conflitti armati che intendano quantificare i danni ambientali e sensibilizzare le comunità locali ad un recupero seppur parziale degli ecosistemi nazionali.

L'attività dell'UNEP si mostra in tal caso di fondamentale rilevanza non solo nello sviluppo di partenariati che contribuiscono a rafforzare buone pratiche internazionali per quanto concerne la tutela e la preservazione dell'ambiente, ma provvedono anche a mettere in pratica quelle linee-guida o quei principi di *soft law* elaborati dalla CDI o dal Comitato Internazionale della Croce Rossa che altrimenti rimarrebbero inattuati dagli Stati. Gli *Special Programme* dell'UNEP sono tuttora condotti con particolare riferimento a Paesi in via di sviluppo: questi ultimi, infatti, specie se coinvolti in eventuali conflitti interni o internazionali, non possiedono le capacità economiche per mettere in sicurezza l'ambiente naturale nel proprio territorio o non sono in grado di sviluppare quel *know-how* scientifico imprescindibile per una corretta gestione delle risorse naturali. Il partenariato tra l'UNEP e questi soggetti statali rappresenta in conclusione la dimensione più pratica attraverso cui si oggettivizza la protezione dell'ambiente in relazione ai conflitti armati interni ed internazionali a livello universale.

Documentazione e giurisprudenza di diritto comparato

a cura di Gian Maria Piccinelli

La giustizia militare in Russia

di *Alessandro Cenerelli*

Sommario: 1. L'evoluzione del sistema di giustizia militare. – 2. L'ordinamento giudiziario militare. – 3. La *Prokuratura* militare e gli organi investigativi specializzati. – 4. Lo *status* di militare. – 5. La competenza delle corti militari. – 6. Criticità e prospettive.

1. L'evoluzione del sistema di giustizia militare

Il sistema di giustizia militare della Russia risulta connotato da non poche singolarità nel panorama comparatistico. Esistono, anche in tempo di pace, apposite corti militari, ma esse sono inquadrate nella giurisdizione ordinaria e, nel corso del tempo, hanno visto progressivamente attenuarsi i tratti differenziali rispetto agli altri giudici. Sotto il profilo della normativa sostanziale e processuale applicata, mancano speciali codici militari e si fa riferimento al diritto comune. Un carattere di specializzazione si riscontra, al contrario, negli organi investiti delle funzioni inquirenti e requirenti, i quali, tuttavia, nell'esperienza russa non appartengono all'ordine giudiziario.

Questo quadro complessivo, che verrà descritto con maggiore dettaglio nelle pagine seguenti, si colloca nell'alveo di una tendenza all'assorbimento degli organi della giustizia militare nella giurisdizione ordinaria già manifestatasi in passato, a cui è opportuno dedicare qualche cenno prima di prendere in esame il diritto attuale.

Tralasciando gli appositi giudici operanti, fin dal XVII secolo, in tempo di guerra[1], l'istituzione di corti militari in Russia risale alle riforme dell'amministrazione e dell'esercito varate, all'inizio del secolo successivo, da Pietro il Grande[2]. La creazione di un vero e proprio sistema di giustizia militare, tuttavia, fu opera dello zar Alessandro II. Sulla scia della celebre riforma giudiziaria realizzata nel 1864 da tale sovrano[3], nel 1867 vennero emanati appositi statuti sulla giustizia militare per l'Esercito e per la Marina, che prevedevano l'istituzione, in ciascuna di queste forze, di apposite «corti militari» (*voennye sudy*)[4].

Le relative disposizioni rimasero vigenti, sia pure con alcune modifiche, fino alla Rivoluzione bolscevica del 1917. L'instaurazione del regime comunista, infatti, fu accompagnata dall'abolizione di tutte le istituzioni giudiziarie di epoca prerivoluzionaria, che vennero sostituite da tribunali popolari, affiancati da una pletora di organi di giustizia straordinaria, specificamente incaricati di reprimere i delitti a connotazione politica. Accanto a questi ultimi vennero istituti, già a partire dal 1918, anche organismi denominati «tribunali militari rivoluzionali» (*revolucionnye voennye tribunaly*)[5].

---

[1] Su cui v. N.A. PETUCHOV, *Istorija voennych sudov Rossii* [Storia delle corti militari della Russia], Mosca, 2010, 16 ss.

[2] Sugli organi di giustizia militare creati in epoca petrina v. G.I. ZAGORKIJ, *Stanovlenie voenno-sudebnych organov v ėpochu pravlenija Petra I* [La formazione di organi giudiziari militari all'epoca del governo di Pietro I], in *Vestnik voennogo prava*, n. 2, 2016, 29-32.

[3] Sulle riforme giudiziarie e militari dello zar Alessandro II v. I.A. ISAEEV, *Istorija gosudarstva i prava Rossii* [Storia dello Stato e del diritto della Russia], Mosca, 2004, 434 ss.

[4] Sulla riforma della giustizia militare del 1867 v. G.I. ZAGORKIJ, *Voenno-sudebnaja reforma 1867 goda kak realizacija idej sudebnoj reformy 1864 goda v dejatel'nosti organov voennoj justicii* [La riforma giudiziaria militare del 1867 come realizzazione delle idee della riforma giudiziaria del 1864 nell'attività degli organi della giustizia militare], in *Vestnik voennogo prava*, n. 3, 2016, 33-38.

[5] A.V. KOŠIKIN, *Sozdanie revolucionnych voennych tribunalov v sovetskoj Rossii* [La creazione dei tribunali militari rivoluzionari nella Russia sovietica], in AA.VV., *Sudebnaja sistema RF: voprosy teorii, istorii i sudebnaja praktika. Sbornik statej po materialam meždunarodnoj naučno-praktičeskoj konferencii, 23 aprelija 2009 g.* [Il sistema giudiziario della FdR: questioni teoriche, storiche e giurisprudenza. Raccolta di articoli sulla base dei materiali della conferenza internazionale scientifico-pratica, 29 aprile 2009], a cura di S.K. Drjachlov, San Pietroburgo, 2009, 37-38. Si noti la scelta, da parte del legislatore sovietico, di utilizzare il termine *tribunal*, ossia «tribunale», al posto di quello *sud*, invalso in

A seguito del consolidamento del nuovo Stato socialista, nel 1926 si procedette alla riorganizzazione di detti organismi, ribattezzandoli puramente e semplicemente «tribunali militari» (*voennye tribunaly*)[6]. Pur configurandosi come giudici speciali, dotati di giurisdizione sui reati militari, essi conoscevano anche dei reati comuni nelle località in cui mancavano corti ordinarie e, in ogni caso, erano tenuti ad applicare le regole del diritto processuale comune. A queste ultime, tuttavia, si derogava nelle ipotesi previste dalla legislazione eccezionale sulla difesa dell'ordine rivoluzionario[7]. La specialità dei tribunali militari venne successivamente confermata dalle norme varate nel 1938 sull'ordinamento giudiziario[8].

Nel 1958 venne operata una nuova riorganizzazione degli organi della giustizia militare[9]. Alla loro cognizione furono devoluti, oltre ai reati militari, quelli commessi dal personale dei servizi di sicurezza e dell'amministrazione degli istituti di lavoro correzionale, nonché quelli perpetrati da cittadini e stranieri in materia di spionaggio. Nelle località in cui non esistevano corti ordinarie, inoltre, essi erano tenuti ad occuparsi di tutti gli affari civili e penali[10].

La legislazione degli anni successivi fu caratterizzata dalla progressiva scomparsa di qualsiasi riferimento al carattere di specialità dei tribunali militari, considerato ormai con avversione e sospetto dopo l'era staliniana[11]. Tale tendenza fu confermata dalle modifiche apportate nel 1980 alla legge sui tribunali militari[12] e, dopo la fine dell'esperienza sovietica, dagli emendamenti approvati nel 1992 alle disposizioni della Costituzione della RSFSR in tema di amministrazione della giustizia[13] e a quelle della relativa legge sull'ordinamento giudiziario[14].

2. L'ordinamento giudiziario militare

Alla disamina della giustizia militare in Russia, per come essa è attualmente strutturata, è opportuno anteporre qualche cenno ai precetti costituzionali riguardanti il sistema giudiziario del Paese.

In proposito, la Costituzione russa, adottata nel 1993, originariamente prevedeva, oltre alla Corte costituzionale federale (art. 125), una Corte suprema federale (art. 126) e una Corte commerciale superiore (art. 127), poste al vertice, rispettivamente, delle corti della giurisdizione

epoca zarista e qui tradotto come «corte» per distinguerlo dall'altro. Tale scelta non era casuale, ma intendeva rimarcare la specialità degli organi della giustizia militare nell'ambito del sistema giudiziario sovietico.

[6] I relativi aspetti di organizzazione e funzionamento erano disciplinati dal decreto del Comitato esecutivo centrale e del Consiglio dei commissari del popolo 20 agosto 1926, *Regolamento sui tribunali militari e sulla Procura militare*.

[7] Decreto del Comitato esecutivo centrale panrusso e del Consiglio dei commissari del popolo della RSFSR 10 maggio 1926, *Sulle misure straordinarie di protezione dell'ordine rivoluzionario*.

[8] Legge dell'URSS 16 agosto 1938, *Sull'ordinamento giudiziario dell'URSS e delle Repubbliche federate ed autonome*, che annoverava i tribunali militari tra i giudici speciali (artt. 53-62).

[9] Legge dell'URSS 25 dicembre 1958, *Regolamento sui tribunali militari*.

[10] F.J.M. FELDBRUGGE, *Special Courts*, in AA.VV., *Encyclopedia of Soviet Law*, a cura di F.M.J. Feldbrugge, G.P. van der Berg e W.B. Simons, Dordrecht, 1985, 718.

[11] L. GOLOVKO, *Les cours militaires russes: juridictions de droit commun, juridictions spécialisées ou juridictions d'exception?*, in *The Journal of Power Institutions in Post-Soviet Societies*, n. 8, 2008, 9 (reperibile all'indirizzo: *http://journals.openedition.org/pipss/1173*).

[12] Legge dell'URSS 25 giugno 1980, n. 2371-X, *Sull'introduzioni di modifiche e aggiunte al Regolamento sui tribunali militari*.

[13] Con la legge della FdR 21 aprile 1992, n. 2708-1, *Sulle modifiche e aggiunte alla Costituzione (Legge fondamentale) della Repubblica socialista federativa sovietica di Russia*, vennero modificati gli artt. 163 e 164 della Costituzione della RSFSR, allora ancora vigente, per includere, nel relativo sistema giudiziario, i giudici militari. Questi ultimi, infatti, precedentemente facevano parte del sistema giudiziario dell'Unione sovietica, e non di quello delle singole Repubbliche federate. Degna di nota è la circostanza che, in occasione di tale riforma, venne ripristinata la denominazione *sudy* per indicare gli organi della giustizia militare.

[14] Legge della FdR 3 luglio 1992, n. 1, *Sull'introduzione di modifiche e aggiunte ai Codici di procedura penale e civile della RSFSR ed alla legge "Sull'ordinamento giudiziario della RSFSR"*.

ordinaria o generale (*sudy obščej jurisdikcii*), tra le quali rientrano anche i giudici di pace (*mirovye sud'i*), e delle corti commerciali (*arbitražnye sudy*)[15]. A seguito della revisione costituzionale del 2014[16], tuttavia, la Corte commerciale superiore è stata abolita, devolvendo le relative competenze alla Corte suprema federale, la quale, così, rappresenta oggi l'apice tanto della giurisdizione ordinaria quanto di quella commerciale[17].

Per una più puntuale disciplina dell'organizzazione del potere giudiziario, l'art. 118, comma 3, della Carta russa rinvia alla legge costituzionale federale[18]. Al fine di dare attuazione a tale previsione, con una legge costituzionale federale del 1996 sono state dettate le norme fondamentali in tema di struttura del sistema giudiziario[19], mentre con altre leggi costituzionali federali si è provveduto alla specifica regolamentazione dei poteri e della composizione delle varie categorie di organi giurisdizionali[20].

Da ultimo, il testo del comma 3 dell'art. 118 della Costituzione è stato emendato in occasione della revisione costituzionale del 2020, che vi ha inserito un'elencazione degli organi in cui si articola il sistema giudiziario della Russia, stabilendo che esso sia formato dalla Corte costituzionale federale, dalla Corte suprema federale, dalle corti ordinarie, dalle corti commerciali e dai giudici di pace[21].

Dalla combinata lettura delle vigenti disposizioni costituzionali e di legge costituzionale federale in materia di ordinamento giudiziario affiora il quadro di un sistema giudiziario articolato nei tre sottosistemi costituzionale, ordinario e commerciale, sebbene la reciproca autonomia tra questi ultimi due risulti attenuata dopo la menzionata soppressione della Corte commerciale superiore. Fatta eccezione per gli affari penali, la giurisdizione ordinaria riveste un carattere generale e residuale, abbracciando tutte le questioni che non sono di pertinenza di altri plessi giudiziari. Alle corti commerciali sono devolute, in estrema sintesi, le controversie economiche tra soggetti che rivestono qualità di imprenditori o di persone giuridiche, oltre ad alcune vertenze inerenti a rapporti di diritto amministrativo[22]. Quanto alla giurisdizione costituzionale, le sue principali attribuzioni concernono, sempre sintetizzando al massimo, il controllo di costituzionalità di leggi e altri atti normativi e la risoluzione dei conflitti di competenza tra gli organi del potere statale[23]. Nell'ordinamento russo manca, invece, un separato plesso di corti amministrative a cui

[15] A differenza delle altre corti ordinarie e delle corti commerciali, i giudici di pace non rientrano tra gli organi giudiziari federali, ma afferiscono ai soggetti della Federazioni (*sub''ekty Federacii*), cioè alle entità territoriali federate che in Russia costituiscono il livello regionale di governo. Alcuni soggetti della Federazioni hanno inoltre creato proprie corti costituzionali e statutarie, competenti a pronunciarsi sulla conformità degli atti normativi del soggetto rispetto alla costituzione o allo statuto dello stesso.

[16] Legge federale di emendamento costituzionale 5 febbraio 2014, n. 2-FKZ, *Sulla Corte suprema della Federazione di Russia e la Procura della Federazione di Russia*.

[17] P.B. MAGGS, O. SCHWARTZ e W. BURNHAM, *Law and Legal System of the Russian Federation*, New York, 2015, 63 ss.

[18] Le leggi costituzionali federali (*federal'nye konstitucionnye zakony*), contemplate in via generale dall'art. 108 della Costituzione, sono leggi organiche adottate nelle materie stabilite dalla Costituzione medesima e caratterizzate da un procedimento aggravato di formazione rispetto a quello delle altre leggi federali. Esse non vanno confuse con le leggi federali di emendamento della Costituzione (*federal'nye zakony o popravke k Konstitucii*) e con la revisione della Costituzione (*peresmotr Konstitucii*), oggetto degli artt. 134-137 della stessa Carta costituzionale.

[19] Legge costituzionale federale 31 dicembre 1996, n. 1-FKZ, *Sul sistema giudiziario della Federazione di Russia*.

[20] Legge costituzionale federale 21 luglio 1994, n. 1-FKZ, *Sulla Corte costituzionale della Federazione di Russia*; legge costituzionale federale 28 aprile 1995, n. 1-FKZ, *Sulle corti commerciali nella Federazione di Russia*; legge costituzionale federale 7 febbraio 2011, n. 1-FKZ, *Sulle corti della giurisdizione ordinaria nella Federazione di Russia*; legge costituzionale federale 5 febbraio 2014, n. 3-FKZ, *Sulla Corte suprema della Federazione di Russia*.

[21] In argomento v. E. GRICENKO, *Federalizm i mestnoe samoupravlenie v svete rossijskoj konstitucionnoj reformy 2020 goda* [Federalismo ed autogoverno locale alla luce della riforma costituzionale russa del 2020], in *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, n. 4, 2020, 87, che evidenzia, criticamente, come nel novellato testo del comma 3 dell'art. 118 della Costituzione manchi qualsiasi riferimento alle corti costituzionali e statutarie dei soggetti della Federazioni.

[22] Un'aggiornata e puntuale disamina della giurisdizione commerciale in Russia è fornita da G. CRESPI REGHIZZI e V.F. POPONDOPULO (a cura di), *Diritto commerciale russo*, Milano, 2020, 403 ss.

[23] Sul sistema russo di giustizia costituzionale si rinvia all'eccellente ricostruzione di A. DI GREGORIO, *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milano, 2004.

siano attribuite le controversie tra privati e pubblica amministrazione, tali vertenze rientrando, a seconda dei casi, nella giurisdizione ordinaria o in quella commerciale[24]. La menzionata legge costituzionale federale del 1996 sul sistema giudiziario, peraltro, contempla la possibilità di istituire tribunali dotati di competenza specializzata in relazione a particolari materie, ancorché pur sempre inquadrati nell'ambito delle corti ordinarie o di quelle commerciali (art. 26, comma 1)[25].

Nella giurisdizione ordinaria sono inserite anche le corti militari (*voennye sudy*), la cui organizzazione è stata dettagliatamente regolata nel 1999 con un'apposita legge costituzionale federale[26]. Dopo la riforma del 2018, con cui sono state istituite, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, separate corti di appello e di cassazione[27], la giustizia militare risulta strutturata su cinque livelli, rappresentati dai tribunali di presidio militare, dai tribunali di circondario (o flotta) militare, da una corte militare d'appello, da una corte militare di cassazione e da un Collegio per gli affari militari presso la Corte suprema federale. I tribunali di circondario militare, la corte militare di appello e la corte militare di cassazione si articolano in un organo denominato «presidium» (*prezidium*), che esercita principalmente compiti relativi al funzionamento dell'ufficio giudiziario, nonché in sezioni per le varie categorie di affari. I tribunali di presidio militare, che hanno competenza sul territorio in cui sono presenti più unità militari, di regola costituiscono il primo grado di giudizio. Alcune materie sono tuttavia devolute ai tribunali di circondario militare, che hanno una competenza estesa a distretti più ampi. Ai tribunali di circondario militare è anche attribuita la competenza a pronunciarsi sugli appelli proposti avverso le sentenze dei tribunali di presidio.

Per ciò che concerne le modalità di nomina ed il regime giuridico dei soggetti preposti alle corti militari, occorre fare riferimento alla legge del 1992 sullo *status* dei giudici[28]. Tale legge, conformemente al dettato costituzionale, sancisce le garanzie di indipendenza e inamovibilità dei giudici e stabilisce, in via tassativa, i casi e le procedure per la loro destituzione. Tra i principi espressamente enunciati figura quello dell'unitarietà dello *status* dei giudici, a prescindere dalle funzioni espletate, pur ammettendosi la possibilità di regole particolari per alcune categorie, tra cui quella dei giudici delle corti militari, ove previsto dalla vigente legislazione (art. 2). In proposito, la menzionata legge costituzionale federale del 1999 sulle corti militari contempla alcune particolarità riguardanti gli aspetti retributivi e pensionistici (artt. 29-31), nonché l'accesso alla carriera (art. 27). Sotto quest'ultimo profilo, le differenze rispetto alle altre tipologie di corti si sono attenuate per effetto degli emendamenti apportati nel 2009 alla predetta legge costituzionale federale[29]. Come per la generalità dei giudici, sono necessarie, accanto ai requisiti di cittadinanza e di condotta, un'istruzione giuridica di livello universitario e una pregressa esperienza lavorativa in una professione attinente al mondo legale (avvocatura, notariato, lavoro alle dipendenze di organi statali o municipali, insegnamento in istituti scolastici o universitari)[30]. Viceversa, ai membri delle

[24] In argomento v. A. CENERELLI, *La giustizia amministrativa in Russia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2019, 101-136.

[25] Sulla base di tale previsione, ad esempio, un Tribunale per i diritti intellettuali (*Sud po intellektual'nym pravam*) è stato creato, quale corte commerciale specializzata, mediante la legge costituzionale federale 6 dicembre 2011, n. 4-FKZ, *Sulla introduzione di modifiche alla Legge federale costituzionale "Sul sistema giudiziario della Federazione di Russia" e alla Legge federale costituzionale "Sulle corti commerciali nella Federazione di Russia" in relazione all'istituzione, nel sistema delle corti commerciali, del Tribunale per i diritti intellettuali*.

[26] Legge costituzionale federale 23 giugno 1999, n. 1-FKZ, *Sulle corti militari della Federazione di Russia*.

[27] Sulla riforma giudiziaria del 2018 v. A.S. PLATOVA e P.V. ŠUMOV, *K voprosu o sozdanii appelljacionnych i kassacionnych sudov obščej jurisdikcii* [Sulla questione relativa alla creazione di corti di appello e di cassazione della giurisdizione ordinaria], in *Bjulleten' nauki i praktiki*, n. 8, 2019, 114-119.

[28] Legge della FdR 26 giugno 1992, n. 3131-1, *Sullo* status *dei giudici nella Federazione di Russia*.

[29] V.V. CHOMČIK (a cura di), *Kommentarij k Federal'nomy komstitucionnomy zakony «O voennych sudach Rossijskoj Federacii»* [Commentario alla Legge costituzionale federale «Sulle corti militari della Federazione di Russia»], Mosca, 2012, 143.

[30] Le modalità di determinazione di tale esperienza lavorativa sono stabilite da una apposita «Istruzione» (*Instrukcija*), emanata dal Ministro della giustizia il 27 dicembre 1996.

corti militari non si richiede più, quale condizione aggiuntiva, la provenienza dai ranghi degli ufficiali in servizio, che oggi costituisce soltanto un titolo preferenziale per la nomina.

Come per gli altri giudici, quest'ultima avviene mediante una complessa procedura selettiva, articolata in varie fasi e disciplinata dall'anzidetta legge sullo *status* dei giudici, le cui disposizioni, *in parte qua*, sono state più volte rimaneggiate nel corso del tempo. È previsto innanzitutto un «esame di qualificazione» (*kvalifikacionnyj ėkzamen*), a cui possono accedere i soggetti che siano in possesso dei requisiti a cui si è poc'anzi fatto cenno. Il suo svolgimento è affidato a commissioni esaminatrici composte da giudici e docenti universitari di discipline giuridiche. Il superamento dell'esame conserva validità per tre anni, perdendo qualunque effetto se entro tale termine non interviene la nomina a giudice. A quest'ultimo scopo, tuttavia, si richiede un ulteriore passaggio, costituito dalla «raccomandazione» (*rekomendacija*) di uno degli organismi denominati «collegi di qualificazione» (*kvalificacionnye kollegii*): si tratta, in estrema sintesi, di istituzioni che svolgono funzioni in materia di disciplina e di carriera dei giudici e che rientrano nella più ampia categoria degli «organi della comunità giudiziaria» (*organy sudejskogo soobščestva*), creati da un'apposita legge federale del 2002 con compiti di autogoverno dell'apparato giurisdizionale[31].

La nomina dei giudici della Corte costituzionale federale e della Corte suprema federale compete al Consiglio della Federazione, cioè alla Camera alta, su proposta del Presidente russo, al quale appartiene, invece, il potere di nominare i giudici delle altre corti federali[32]. Questi ultimi sono nominati a tempo indeterminato, possono rimanere in carica fino al settantesimo anno d'età e, come si è accennato, sono suscettibili di destituzione solo nelle tassative ipotesi previste dalla legge, che attribuisce il relativo potere al collegio di qualificazione territorialmente competente. Le decisioni di quest'ultimo possono essere impugnate innanzi all'apposito Collegio disciplinare della Corte suprema federale[33].

Volgendo lo sguardo al profilo del funzionamento, le corti militari operano, a seconda dei casi, in composizione monocratica o in forma di collegio, composto da tre giudici. Per taluni affari penali, tuttavia, nei tribunali di circondario militare e in quelli di presidio militare, similmente a quanto previsto per le altre corti federali appartenenti al sottosistema della giurisdizione ordinaria, è contemplata la presenza di una giuria formata, rispettivamente, da otto o sei membri provenienti dalla società civile. In proposito, è opportuno rammentare che l'istituto della giuria ha una lunga storia nel diritto russo: originariamente introdotto dalla già menzionata riforma del 1864, tale istituto, dopo la parentesi sovietica, ha ottenuto espresso riconoscimento nella vigente Costituzione (artt. 47, comma 2, e 123, comma 4). Siffatte previsioni costituzionali, tuttavia, inizialmente sono state attuate solo in via sperimentale con riguardo ad alcune regioni e hanno ricevuto un'attuazione generalizzata in tutto il territorio russo soltanto a seguito dell'adozione, nel 2001, del nuovo codice di procedura penale[34] e, nel 2004, di un'apposita legge federale in materia[35]. Alle norme generali sulle giurie, contenute in quest'ultima, rinviano anche le disposizioni sulle corti militari, che non

[31] Legge federale 14 marzo 2002, n. 30-FZ, *Sugli organi della comunità giudiziaria nella Federazione di Russia*.

[32] La procedura di nomina è disciplinata, per la Corte costituzionale, dall'art. 9 della relativa legge del 1994 e, per la Corte suprema e gli altri organi giudiziari federali, dall'art. 6 della legge del 1992 sullo *status* dei giudici. Quanto ai giudici di pace, occorre far riferimento alla legge federale 17 dicembre 1998, n. 188-FZ, *Sui giudici di pace nella Federazione di Russia*, la quale, all'art. 6, affida la disciplina delle concrete modalità di designazione (nomina da parte dell'organo legislativo del rispettivo soggetto della Federazione o elezione dalla popolazione residente nel rispettivo mandamento) alla legislazione di livello regionale.

[33] I casi di destituzione e di impugnazione dei relativi provvedimenti sono previsti dall'art. 12.1, commi 5 e 7, della legge del 1992 sullo *status* dei giudici.

[34] Il codice di procedura penale disciplina la partecipazione delle giurie ai procedimenti giudiziari negli artt. 324-353.

[35] Legge federale 28 agosto 2004, n. 113-FZ, *Sui giurati delle corti federali della giurisdizione ordinaria nella Federazione di Russia*.

stabiliscono requisiti specifici al riguardo[36]. In dottrina si è rilevato come ciò costituisca una peculiarità nel panorama comparatistico, dal quale emerge che, ove presenti, le giurie delle corti marziali sono solitamente composte da personale militare[37].

3. La *Prokuratura* militare e gli organismi investigativi specializzati

Ai fini della comprensione del sistema di giustizia militare della Russia non è possibile non prendere in considerazione, accanto alle corti, altri organismi, i quali non appartengono al potere giurisdizionale, ma vengono inquadrati dalla dottrina nella più ampia categoria degli «organi per la protezione del diritto» (*pravoochranitel'nye organy*)[38].

Tra essi occorre menzionare, innanzitutto, la Procura (*Prokuratura*), che assume connotati peculiari nell'esperienza giuridica russa[39].

Creata all'inizio del XVIII secolo da Pietro il Grande con funzioni di vigilanza sulle altre autorità statali e trasformata dalla riforma giudiziaria del 1864 nell'organo incaricato di sostenere la pubblica accusa, la Procura, al pari delle altre istituzioni prerivoluzionarie, fu abolita all'indomani della presa del potere da parte dei bolscevichi nel 1917, ma venne ripristinata nel 1922, divenendo poi uno degli istituti caratteristici del nuovo Stato socialista. Al procuratore sovietico, infatti, erano attribuiti non solo i compiti che negli ordinamenti dell'Europa occidentale sono tradizionalmente conferiti al pubblico ministero, in particolare con riguardo all'esercizio dell'azione penale, ma anche un ruolo di generale sorveglianza di legalità, da esercitare nei confronti degli altri funzionari ed organi statali, ivi compresa la stessa autorità giudiziaria[40].

Dopo la caduta del regime comunista, malgrado alcune opinioni contrarie, si è deciso di conservare la particolare fisionomia di tale organismo[41], di cui risulta incerta l'esatta collocazione nell'attuale quadro istituzionale[42]. Pur essendo disciplinata, a livello costituzionale, dal capitolo 7 della Carta russa insieme agli organi giurisdizionali, la Procura, come si è accennato, non rientra nel sistema giudiziario, ma viene considerata da una parte della dottrina come una sorta di autonomo potere dello Stato, non sussumibile nella classica tripartizione montesquieviana[43].

Ne è riprova l'art. 129 della Carta costituzionale, secondo cui la Procura costituisce un sistema unitario e centralizzato di organi, incaricati della sorveglianza sull'osservanza della Costituzione, sull'esecuzione delle leggi e sul rispetto dei diritti fondamentali, nonché dell'esercizio dei poteri loro attribuiti dalla legislazione vigente in materia penale e in altri ambiti.

---

[36] La menzionata legge costituzionale federale del 1999 sulle corti militari, all'art. 28, rinvia alle norme generali vigenti in materia di giurie. Le ipotesi in cui le corti militari operano con la partecipazione dei giurati sono contemplate dall'art. 30, comma 2, del codice di procedura penale.

[37] N.P. KOVALEV, *Trial by Jury in Russian Military Courts*, in *The Journal of Power Institutions in Post-Soviet Societies*, n. 8, 2008 (reperibile all'indirizzo: *http://journals.openedition.org/pipss/1533*).

[38] Con tale espressione, risalente all'epoca sovietica, vengono indicati organi di diversa natura (tribunali, avvocatura, polizia, organi di sorveglianza e di perseguimento dei reati) che sono accomunati dalla funzione esercitata, consistente nella tutela dell'ordine giuridico. In argomento v. A.A. GAVRILENKO, *Ponjatie i sistema pravoochranitel'nych organov* [Nozione e sistema degli organi per la protezione del diritto], in *Sibirskij juridičeskij vestnik*, n. 1, 2009, 94-100.

[39] Sull'evoluzione della *Prokuratura* dall'epoca zarista a quella post-sovietica v. A. DI GREGORIO, *Un* ombudsman sui generis*? La protezione dei diritti dei cittadini ad opera della* Prokuratura *in Russia, tra permanenza del modello sovietico ed elementi di originalità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2010, 1411-1438.

[40] L. BOIM, *Procuracy*, in AA.VV., *Encyclopedia of Soviet Law*, cit., 625-626.

[41] A.N. VAN'KAEV, *Prokuratura Rossii: istoričeskij opyt i perspektivy* [La Procura della Russia: esperienza storica e prospettive], in *Istorija gosudarstva i prava*, n. 15, 2007, 18-19.

[42] Per una ricostruzione delle varie opinioni esistenti al riguardo v. JU.N. ALECHINA, *Mesto Prokuratury v sisteme organov gosudarstvennoj vlasti* [Il posto della Procura nel sistema degli organi del potere statale], in *Zakonnost' i pravoporjadok v sovremennom obščestve*, n. 9, 2012, 136-140.

[43] E.I. KOZLOVA e O.E. KUTAFIN, *Konstitucionnoe pravo Rossii* [Diritto costituzionale della Russia], Mosca, 2018, 313.

Quanto agli aspetti organizzativi e funzionali, essi sono contemplati da una legge adottata nel 1992 e sensibilmente modificata nel corso degli anni[44]. La Procura si articola nell'ufficio del Procuratore generale (*General'nyj prokuror*), nelle procure regionali e locali, nelle procure specializzate, nonché in una serie di organismi ausiliari con compiti di formazione e di ricerca. Il Procuratore generale viene nominato dal Presidente russo, dopo aver consultato il Consiglio della Federazione. I procuratori regionali sono nominati, sempre dal Presidente e previa consultazione del Consiglio della Federazione, su proposta del Procuratore generale. Al Presidente spetta altresì il potere di destituire – senza la necessità della consultazione o della proposta di altri organi – il Procuratore generale ed i procuratori regionali. I procuratori locali sono invece nominati e destituiti dal Procuratore generale[45]. Tanto per il Procuratore generale quanto per gli altri procuratori, il mandato ha una durata di cinque anni ed è rinnovabile. Il titolare dell'ufficio è affiancato da vicari (*zamestiteli*), nonché da un personale amministrativo a cui si applicano, salve alcune eccezioni, le norme in tema di pubblico impiego statale. Tutti i procuratori, oltre ai requisiti morali e di condotta, devono essere in possesso di un'istruzione di livello universitario in ambito giuridico.

Tre sono le principali aree di attività della Procura[46].

La prima consiste nella sorveglianza (*nadzor*) sulla osservanza della Costituzione, sulla esecuzione delle leggi e sull'osservanza dei diritti e delle libertà dell'uomo e del cittadino da parte degli organi esecutivi federali, degli organi esecutivi e legislativi dei soggetti della Federazione, degli organi dell'autogoverno locale, nonché da parte degli organi amministrativi e direttivi delle organizzazioni commerciali e non commerciali[47]. Tale funzione può essere esercitata tanto d'ufficio quanto su istanza dei privati che si assumano lesi nei loro diritti da uno dei soggetti testé menzionati e, in estrema sintesi, si estrinseca nel potere di emettere, avverso l'atto illegittimo, un'opposizione, denominata *protest*, o una richiesta di rimozione, detta *predstavlenie*, che devono essere obbligatoriamente esaminate dall'organo imputato della violazione di legge[48].

La seconda area di attività della Procura è costituita dalla partecipazione (*učastie*) dei procuratori ai giudizi civili, commerciali ed amministrativi. I casi in cui essa ha luogo sono previsti dai rispettivi codici di rito[49].

La terza area di attività della Procura, infine, è data dalle sue competenze in tema di perseguimento degli illeciti penali (*ugolovnoe presledovanie*). Sotto quest'ultimo profilo, tuttavia, numerosi sono i mutamenti intervenuti nel corso degli ultimi anni[50]. Le funzioni direttive, in origine attribuite ai procuratori con riguardo alle attività che precedono il giudizio vero e proprio, sono progressivamente venute meno a seguito di una serie di riforme, che hanno assegnato tali compiti ad altre figure. Tra queste ultime, una grande rilevanza possiede il Comitato investigativo (*Sledstvennyj komitet*). Inizialmente creato in seno alla Procura[51], siffatto organismo è stato poi

[44] Legge della FdR 17 gennaio 1992, n. 2202-1, *Sulla Procura della Federazione di Russia*.

[45] Le modalità di nomina del Procuratore generale, dei procuratori di livello regionale e di quelli di livello locale sono previste, rispettivamente, dagli artt. 12, 15.1 e 16.1 della legge del 1992.

[46] P.B. MAGGS, O. SCHWARTZ e W. BURNHAM, *Law and Legal System of the Russian Federation*, cit., 193 ss.

[47] Quella esercitata dai procuratori non deve essere confusa con la sorveglianza amministrativa (*administrativnyj nadzor*), espletata da organi afferenti alla pubblica amministrazione. Sulla distinzione tra i due istituti v. V.P. BELIAEV, *Suščnost' kontrolja i nadzora, ich schodstvo i različija* [Essenza del controllo e della sorveglianza, loro somiglianza e differenza], in *Gosudarstvo i pravo*, n. 7, 2006, 36-38.

[48] Nell'ambito della vasta letteratura esistente sulla funzione di sorveglianza della *Prokuratura* v., a titolo esemplificativo, L.L. POPOV e M.S. STUDENIKINA (a cura di), *Administrativnoe pravo* [Diritto amministrativo], Mosca, 2015, 299 ss.

[49] I casi di partecipazione del procuratore alle varie tipologie di giudizio sono contemplati dall'art. 45 del codice di procedura civile, dall'art. 52 del codice di procedura commerciale e dall'art. 39 del codice di procedura giudiziaria amministrativa.

[50] P.B. MAGGS, O. SCHWARTZ e W. BURNHAM, *Law and Legal System of the Russian Federation*, cit., 618-619.

[51] Legge federale 5 giugno 2007, n. 87-FZ, *Sulla introduzione di modifiche nel Codice di procedura penale della Federazione di Russia e nella Legge federale "Sulla Procura della Federazione di Russia"*.

scisso dalla stessa a seguito dell'emanazione, nel 2010, di un'apposita legge federale, che ne ha disciplinato lo statuto e le competenze[52]. Parallelamente, sono state modificate le disposizioni del codice di procedura penale concernenti la fase dell'indagine preliminare (*predvaritel'noe rassledovanie*)[53].

Per effetto di tali modifiche, in capo al procuratore permangono alcune attribuzioni nel corso delle indagini, ma il loro svolgimento è ormai affidato al personale del Comitato investigativo e degli altri organi d'investigazione[54]. La funzione requirente, invece, resta appannaggio del procuratore, al quale, dopo la conclusione delle indagini e sulla base delle loro risultanze, spetta di formulare l'accusa (*obvinenie*), dando così avvio alla fase del giudizio.

Con riferimento agli organi inquirenti e requirenti, si riscontra una forma di specializzazione in materia militare. Così, nell'ambito della Procura opera una Procura militare (*Voennaja prokuratura*), strutturata su tre livelli (Procura militare principale, procure di circondario militare e procure di presidio militare)[55]. I suoi componenti, oltre a possedere i requisiti stabiliti in via generale per gli altri procuratori, devono provenire dai ranghi del personale militare e vengono nominati dal capo del rispettivo ufficio, che possiede anche il potere di destituirli. Essi, comunque, sono tutti subordinati al Procuratore generale della Russia.

Sul medesimo schema risultano modellati gli organi investigativi militari (*voennye sledstvennye organy*). In proposito è opportuno puntualizzare che, in relazione ai reati militari, le indagini preliminari competono al solo Comitato investigativo, all'interno del quale è stata istituita una articolazione specializzata in materia[56]. I relativi componenti, anche in questo caso, devono possedere, accanto ai requisiti generali, quello specifico dell'appartenenza al personale militare.

4. Lo *status* di militare

La competenza delle corti militari e degli altri organi finora descritti è basata, salve alcune eccezioni, su un parametro di carattere soggettivo, legato allo *status* delle parti del rapporto giuridico in questione. Come si dirà dettagliatamente nel prosieguo, si fa riferimento ai reati, illeciti amministrativi o infrazioni disciplinari di soggetti inquadrati nell'apparato militare oppure alla tutela dei diritti di questi ultimi nei confronti delle autorità militari o comunque esercenti poteri in tale ambito.

Alla categoria dei militari (*voennoslužaščie*) appartengono quanti prestano servizio nelle Forze armate[57], nella Guardia nazionale[58], nonché nelle truppe poste sotto il comando di una serie

[52] Legge federale 28 dicembre 2010, n. 403-FZ, *Sul Comitato investigativo della Federazione di Russia*.

[53] Tra le disposizioni modificate figurano, in particolare, gli artt. 37 e 38 del codice di procedura penale, concernenti le parti del processo.

[54] In base al vigente testo dell'art. 151 del codice di procedura penale, lo svolgimento delle indagini preliminari, oltre che al menzionato Comitato investigativo, può essere affidato, in ragione della tipologia di reato per cui si procede, agli organi investigativi del Servizio federale della sicurezza (*Federal'naja služba bezopasnosti*) oppure a quelli che fanno capo al Ministero dell'interno, attualmente organizzati in un apposito Dipartimento investigativo (*Sledstvennyj departament*).

[55] La struttura della Procura militare è regolata dagli artt. 46-50 della legge del 1992 sulla *Prokuratura*.

[56] La disciplina degli organi investigativi militari è racchiusa negli artt. 38-41 della legge federale del 2010 sul Comitato investigativo.

[57] Le Forze armate (*Vooruženny Sily*) presentano una struttura tripartita, articolata in truppe terrestri, navali ed aerospaziali. Il supremo comando militare, ai sensi del comma 1 dell'art. 87 della Carta costituzionale, appartiene al Presidente, a cui risponde direttamente il Ministro della difesa, dal quale dipendono le Forze armate. In base al comma 3 del medesimo articolo della Costituzione, sempre al Presidente spetta, in caso di aggressione o minaccia diretta, il potere di dichiarare lo stato di guerra su tutto il territorio russo o su una sua parte, dandone immediata comunicazione alle Camere e determinando l'applicazione delle norme di carattere eccezionale previste per tale evenienza, le quali sono racchiuse nella legge costituzionale federale 30 gennaio 2002, n. 1-FKZ, *Sullo stato di guerra*.

[58] La Guardia nazionale (*Nacional'naja gvardija*), nata dalla riorganizzazione delle truppe che in precedenza facevano capo al Ministero dell'interno, svolge funzioni di tutela della sicurezza pubblica, di contrasto delle attività estremistiche

di organismi investiti di compiti in materia di *intelligence*, di sicurezza dello Stato e di protezione civile[59]. Tale attività costituisce una delle tipologie di impiego statale[60] e trova la sua specifica regolamentazione in due leggi federali del 1998, aventi ad oggetto, rispettivamente, le forme di svolgimento del servizio militare e lo *status* di coloro che sono impegnati a svolgerlo[61].

Hanno la qualifica di militare i soggetti reclutati dalle istituzioni testé indicate mediante coscrizione (*po prizyvy*) o in modo volontario (*v dobrovol'nom porjadke*)[62]. In proposito è opportuno ricordare che l'art. 59 della Costituzione russa sancisce il dovere dei cittadini di prestare il servizio militare di leva, pur ammettendo la possibilità di espletare un alternativo servizio civile in caso di obiezione di coscienza. Le previsioni costituzionali sono state sviluppate dalla poc'anzi menzionata legge federale del 1998 sul servizio militare, nonché da un serie di altri atti normativi di rango legislativo e regolamentare in materia di leva obbligatoria e di servizio civile sostitutivo[63]. La medesima legge federale stabilisce anche le modalità di arruolamento volontario, che si realizza mediante la stipulazione, da parte di cittadini o stranieri, di un apposito contratto di svolgimento del servizio militare (*kontrakt o prochoždenii voennoj služby*)[64]. La qualifica di militare, sia pure nei soli casi e limiti stabiliti dalla legislazione vigente, spetta altresì ai cittadini appartenenti alla riserva (*zapas*)[65].

Quanto al trattamento giuridico, esso è dettagliatamente disciplinato dalla legge federale del 1998 sullo *status* militare, a cui pure si è fatto cenno poco sopra. Al pari di altre esperienze giuridiche, infatti, anche l'ordinamento russo associa a tale *status* la titolarità di particolari diritti, doveri e responsabilità[66].

I diritti della sfera civile, politica ed economico-sociale spettanti alla generalità dei cittadini sono riconosciuti con alcune limitazioni ai militari: a questi ultimi, per esempio, è fatto divieto di appartenere ad organizzazioni con scopi politici e di utilizzare la propria posizione per favorire o svolgere attività di propaganda in favore di partiti politici o di associazioni di qualsiasi altro tipo, ivi comprese quelle di carattere religioso, così come è vietata la titolarità di cariche in organizzazioni non governative straniere o loro filiali presenti in Russia. Limitazioni sono previste anche con riguardo alla libertà di manifestazione del pensiero, essendo proibite la critica e la messa in discussione degli ordini ricevuti.

Circa gli obblighi, essi sono suddivisi in generali, speciali e relativi all'ufficio ricoperto. All'osservanza di quelli generali sono tenuti indistintamente tutti i militari a prescindere dal grado posseduto e dalle funzioni espletate: fondamentale, tra essi, è quello di fedeltà al giuramento

---

e terroristiche e di partecipazione alle attività richieste durante lo stato di guerra o di emergenza. Creata con un editto presidenziale dell'aprile 2016, essa è stata compiutamente disciplinata dalla legge federale 3 luglio 2016, n. 226-FZ, *Sulle truppe della Guardia nazionale della Federazione di Russia*.

[59] Per una dettagliata rassegna delle categorie a cui viene attribuito lo *status* militare v. V.M. KORJAKIN, A.V. KUDAŠKIN e K.V. FATEEV, *Voenno-administrativnoe pravo (voennaja administracija)* [Diritto amministrativo militare (amministrazione militare)], Mosca, 2008, 186 ss.

[60] La disciplina generale dell'attività prestata alle dipendenze degli organi statali è racchiusa nella legge federale 27 maggio 2003, n. 58-FZ, *Sul sistema del servizio statale della Federazione di Russia*, la quale, dopo le modifiche apportate al relativo testo nel 2016, distingue tre settori, cioè quello militare, quello civile e quello relativo alle altre tipologie di impiego statale, in cui rientra, in particolare, il personale della Procura e degli altri organi per la protezione del diritto.

[61] Si tratta delle leggi federali 28 marzo 1998, n. 53-FZ, *Sull'obbligo militare ed il servizio militare*, e 27 maggio 1998, n. 76-FZ, *Sullo* status *dei militari*.

[62] V.A. PJATAKOV, *Voennoe pravo* [Diritto militare], Mosca, 2007, 23 ss.

[63] Le modalità di svolgimento della leva militare sono dettate dal decreto del Governo della FdR 11 novembre 2006, n. 663, *Regolamento sulla chiamata obbligatoria al servizio militare dei cittadini della Federazione di Russia*.

[64] Le modalità della conclusione del contratto e del successivo arruolamento sono stabilite dall'editto del Presidente della FdR 16 settembre 1999, n. 1237, *Questioni relative allo svolgimento del servizio militare*.

[65] L'organizzazione della riserva militare è stabilita dal decreto del Governo della FdR 3 settembre 2015, n. 933, *Regolamento sulla permanenza dei cittadini della Federazione di Russia nella riserva di mobilitazione umana*.

[66] K.G. ŠVETOVA, *O strukture i osobennostjach pravovogo statusa voennoslužaščich* [Sulla struttura le peculiarità dello *status* giuridico del personale militare], in *Voennoe pravo*, n. 1, 2014, 27 ss.

militare (*voennaja prisjaga*), servendo disinteressatamente il popolo russo e difendendo con coraggio e perizia la Russia. Tutti i militari sono inoltre tenuti alla più stretta osservanza della Costituzione e delle leggi, a dare immediata esecuzione agli ordini dei rispettivi comandanti, a migliorare costantemente la propria preparazione, a prendersi cura delle attrezzature in dotazione, a serbare la segretezza delle informazioni inerenti alla difesa dello Stato ed a rispettare le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed i trattati stipulati dalla Russia. Gli obblighi speciali, previsti dalle leggi federali e dagli statuti militari, gravano su coloro che vengono impiegati per fronteggiare calamità naturali o in altre attività di carattere eccezionale. Sulla base del grado e delle funzioni, cioè dell'ufficio concretamente ricoperto in senso all'istituzione di appartenenza, sussistono, poi, ulteriori e specifici obblighi in capo a ciascun militare.

Ai sensi dell'art. 28 della citata legge federale del 1998 sullo *status* militare, a quest'ultimo ineriscono cinque tipologie di responsabilità, di carattere, rispettivamente, disciplinare, amministrativo, materiale, civile e penale[67].

La responsabilità disciplinare deriva dalla trasgressione (*prostupok*) delle regole della disciplina militare[68] e comporta l'applicazione di una misura sanzionatoria (*vzyskanie*), la quale, in ragione della gravità del fatto e del grado posseduto dall'autore, può variare dall'ammonizione alla privazione dello stato o delle funzioni oppure all'arresto.

Nel diritto russo viene definita «amministrativa» la responsabilità derivante dalla commissione di un illecito amministrativo (*administrativnoe pravonarušenie*). La materia è regolata, a livello federale, da un apposito codice[69]. In proposito operano alcune regole particolari per i militari. L'art. 2.5 del codice prevede che, fatta eccezione per alcune fattispecie tassativamente indicate, i militari sono sottratti alla responsabilità amministrativa. Per le altre violazioni, infatti, i militari sono sottoposti a procedimento disciplinare, anziché all'irrogazione di sanzioni amministrative. Ove la violazione dia luogo comunque a responsabilità amministrativa, trovano applicazione le regole generali relative a quest'ultima, fatta eccezione per alcuni aspetti del trattamento sanzionatorio[70]. È inoltre contemplata una specifica categoria di illeciti amministrativi, che attengono alla violazione delle regole in materia di liste di leva da parte dei pubblici funzionari incaricati della loro tenuta e dei cittadini sottoposti agli obblighi militari[71].

Si definisce «materiale», viceversa, la responsabilità che ha ad oggetto l'obbligo, in capo al pubblico funzionario, di risarcire i danni arrecati all'amministrazione di appartenenza nell'esercizio delle proprie funzioni. Si tratta di una responsabilità avente carattere patrimoniale e natura riparatoria. Mancando una specifica regolamentazione nella legislazione sull'impiego statale, trovano applicazione, in via sussidiaria, le norme sulla responsabilità materiale dei dipendenti del settore privato, racchiuse nel capitolo 39 del codice del lavoro[72]. Con riguardo al personale militare, mediante una legge federale del 1999, è stata invece varata un'apposita disciplina del profilo della

[67] V.M. KORJAKIN, *Kommentarij k Federal'nomy zakonu «O statuse voennoslužaščich»* [Commentario alla Legge federale «Sullo *status* dei militari»], Mosca, 2018, 88 ss.

[68] Le regole della disciplina militare sono racchiuse nello «Statuto disciplinare» (*Disciplinarnyj ustav*), emanato dal Presidente della FdR il 10 novembre 2007.

[69] Il vigente codice degli illeciti amministrativi è stato adottato nel 2001. Nel maggio del 2020, il Ministero della giustizia della FdR ha pubblicato il progetto di un nuovo codice, che non è stato ancora approvato al momento in cui si scrive (gennaio 2021).

[70] Ai sensi degli artt. 3.5, 3.9 e 3.13 del codice degli illeciti amministrativi, infatti, non sono applicabili ai militari le sanzioni amministrative dell'ammenda, dell'arresto e del lavoro obbligatorio.

[71] Si tratta delle fattispecie contemplate dal capitolo 21 del codice degli illeciti amministrativi. Ai sensi dell'art. 23.11 del medesimo codice, all'irrogazione delle relative sanzioni provvedono i commissariati militari (*voennye komissariaty*), che sono organi periferici dell'amministrazione della difesa.

[72] S.P. MATVEEV, *Material'naja otvetstvennost' gosudarstvennych služaščich kak ėlement social'noj zaščity* [La responsabilità materiale degli impiegati statali come elemento di protezione sociale], in *Vestnik Voronežskogo instituta MVD Rossii*, n. 3, 2011, 26.

responsabilità materiale[73]. Tale normativa, in particolare, ricollega la responsabilità materiale dei militari al danneggiamento dei beni appartenenti al patrimonio statale e dislocati nelle strutture adibite alla difesa[74].

Dalla responsabilità materiale si distingue quella civile, la quale presenta una portata più ampia, ricomprendendo i danni erariali che non rientrano nell'ambito di applicazione della responsabilità materiale, nonché i pregiudizi, di carattere tanto patrimoniale quanto morale, arrecati nell'esercizio delle funzioni a soggetti privati[75]. Per la relativa disciplina occorre far riferimento all'art. 1069 del codice civile, che detta le specifiche regole sulla responsabilità degli organi statali e municipali e dei relativi funzionari.

Quanto alla responsabilità penale, derivante dalla commissione di un reato (*prestuplenie*), occorre precisare che nell'ordinamento russo manca un codice penale militare. Occorre dunque far riferimento al codice penale comune. Oltre che in reati comuni, tuttavia, i militari possono incorrere anche in alcuni reati propri. Il capitolo 33 del codice penale, infatti, è dedicato ad un'apposita categoria di fattispecie criminali, che vanno complessivamente sotto il nome di «reati contro il servizio militare»[76]. Soggetti attivi di tali reati sono, per l'appunto, i militari[77].

Il bene tutelato, secondo la dottrina russa, andrebbe ravvisato nel corretto svolgimento dell'attività militare[78]. Parallelamente, ciascuna delle norme incriminatrici in esame mirerebbe a proteggere anche un interesse più specifico. Si dovrebbe così distinguere, secondo una diffusa opinione, tra reati contro la gerarchia militare, reati contro le regole di svolgimento dell'attività militare, reati di inosservanza dei doveri inerenti a speciali compiti o servizi e reati derivanti dalla violazione delle regole sull'utilizzazione degli armamenti, dei beni e della strumentazione tecnica[79].

Per i reati commessi in tempo di guerra, l'art. 331, comma 3, del codice penale rimanda alle norme applicabili in tale evenienza: quest'ultime, tuttavia, non prevedono specifiche fattispecie criminali, ma contengono nulla di più che un rinvio alla legislazione vigente[80]. Occorre dunque far riferimento alle disposizioni dello stesso codice penale che contemplano lo stato di guerra come presupposto del reato o come sua circostanza aggravante[81].

Oltre che sotto il profilo delle fattispecie criminali, il codice penale contempla alcune particolarità anche sul piano del trattamento sanzionatorio. Accanto alle pene comuni, per i militari si prevedono, per taluni reati, sanzioni specifiche, consistenti in misure incidenti sullo stipendio o sulla carriera oppure nell'assegnazione a speciali reparti correzionali istituiti in seno alle Forze armate[82].

---

[73] Legge federale 22 giugno 1999, n. 161-FZ, *Sulla responsabilità materiale del personale militare*.

[74] V.M. KORJAKIN, A.V. KUDAŠKIN e K.V. FATEEV, *Voenno-administrativnoe pravo (voennaja administracija)*, cit., 440 ss.

[75] P.A. KOT, *Osnovnye otličija material'noj otvetstvennosti voennoslužaščich ot graždansko-pravovoj otvetstvennosti* [Le differenze fondamentali della responsabilità materiale dei militari dalla responsabilità di diritto civile], in *Voennoe pravo*, n. 3, 2013, 95 ss.

[76] Il capitolo 33, a sua volta, è incluso nella sezione X del codice penale, dedicata ai «reati contro il potere statale».

[77] P.S. DANILOV, *Sub''ekt prestuplenij protiv voennoj služby* [Il soggetto dei reati contro il servizio militare], in *Vestnik Omskogo universiteta. Serija «Pravo»*, n. 2, 2017, 190-192.

[78] In argomento v. V.E. SUDENKO, *Ob''ekt prestuplenija protiv voennoj služby* [L'oggetto del reato contro il servizio militare], in *Pravo v Vooružennych Silach – Voenno-pravovoe obozrenie*, n. 11, 2015, 69-74.

[79] Sulle varie classificazioni operate dalla dottrina penalistica russa v. S.M. MAL'KOV, *Prestuplenija protiv voennoj služby* [I reati contro il servizio militare], Mosca, 2015, 20 ss.

[80] Così, l'art. 20 della legge del 2002 sullo stato di guerra e l'art. 27 della legge del 1996 sulla difesa si limitano a rinviare alle responsabilità previste dalla legislazione vigente.

[81] Tra le disposizioni del codice penale che alludono allo stato di guerra possono annoverarsi, a titolo di esempio, gli artt. 222, 223, 225, 283, 284, 356, 357, 358. In argomento v. R.A. TROŠČENKO, *K voprosu ob ugolovnoj otvetstvennosti za voinskie prestuplenija v voennoe vremja i v boevoj obstanovke* [Sulla questione della responsabilità penale per i reati militari in tempo di guerra e in situazione di combattimento], in *Voennoe pravo*, n. 2, 2009, 99-108.

[82] La relativa disciplina è dettata, rispettivamente, artt. 51 e 55 del codice penale.

5. La competenza delle corti militari

Diversamente dai tribunali militari di epoca sovietica, la cui attività era essenzialmente circoscritta al settore penale, le attuali corti militari godono di una competenza estesa anche agli affari civili ed amministrativi. Tale aspetto è disciplinato dalla menzionata legge costituzionale federale del 1999 sulle corti militari[83]. Per la disciplina del processo, mancando appositi codici di procedura militare, occorre far riferimento ai codici processuali comuni.

Quanto alla materia penale, la loro cognizione abbraccia tutti i reati commessi dai militari. Sotto tale profilo è irrilevante la circostanza che si tratti di reati comuni o propri. In base alla lettura congiunta delle disposizioni della legge costituzionale federale del 1999 e di quelle del codice di procedura penale[84], si ritiene necessaria la compresenza di due elementi[85]. Occorre, innanzitutto, la sussistenza di un elemento di carattere personale, costituito dalla qualità di militare dell'autore del reato. Ad esso deve accompagnarsi, inoltre, un elemento di carattere temporale, dato dalla circostanza che l'anzidetta qualifica fosse rivestita dall'autore al tempo della commissione del reato.

In controtendenza rispetto al passato, peraltro, la legislazione più recente[86] ha affidato ad alcune corti militari la cognizione dei reati in materia di terrorismo[87], a prescindere dalla qualità personale degli autori[88]. È stata così introdotta una ipotesi di competenza dei giudici militari *ratione materiae*, similmente a quanto accadeva in epoca sovietica[89].

In ambito civile e amministrativo, sempre ai sensi della legge costituzionale federale del 1999, sono devolute ai giudici militari le cause aventi ad oggetto la tutela dei diritti, delle libertà e degli interessi giuridicamente protetti dei militari avverso le decisioni, gli atti e le omissioni degli organi dell'amministrazione militare e dei relativi funzionari[90]. Malgrado l'esplicito riferimento alla materia civile, essenzialmente si tratta di giudizi scaturenti dalla contestazione di provvedimenti o comportamenti amministrativi da parte dei militari. Ci si è chiesti, tuttavia, se dinanzi alle corti militari possano essere incardinate anche vertenze autenticamente civili. La questione ha significative ricadute sul piano del rito applicabile. Sotto quest'ultimo profilo, la problematica si è aggravata dopo l'adozione del codice di procedura giudiziaria amministrativa del 2015, che ha ulteriormente differenziato il trattamento processuale del contenzioso amministrativo dal quello del contenzioso civile, in precedenza disciplinati entrambi dal codice di procedura civile, sia pure con regole in parte diverse. La giurisprudenza sembra dare rilievo al tipo di relazione intercorrente tra le parti e dedotta in giudizio, ritenendo che a fronte dell'esercizio di poteri pubblicistici debbano seguirsi le norme della procedura amministrativa, mentre quelle della procedura civile trovino

[83] I profili della competenza delle corti militari sono regolati dall'art. 7 della legge costituzionale federale del 1999.

[84] Si fa riferimento, in particolare, all'art. 7, comma 2, della legge costituzionale federale del 1999 ed all'art. 31, commi 5 e 6, del codice di procedura penale.

[85] I.S. DIKAREV, *Personal'nyj priznak podsudnosti ugolovnych del voennym sudam* [L'indice personale di competenza delle corti militari sugli affari penali], in *Vestnik Volgogradskoj akademii MVD Rossii*, n. 2, 2020, 9.

[86] Legge federale 5 maggio 2014, n. 130-FZ, *Sull'introduzione di modifiche a singoli atti legislativi*, che ha inserito un apposito comma 6.1 nell'art. 31 del codice di procedura penale.

[87] La relativa competenza è affidata alla I corte del circondario militare orientale (con sede a Chabarovsk), alla II corte del circondario militare occidentale (con sede a Mosca), alla corte del circondario militare centrale (con sede a Ekaterinburg) ed alla corte del circondario militare meridionale (con sede a Rostov sul Don).

[88] V.A. DAVYDOV e V.V. ERŠOV (a cura di), *Osnovy ugolovnogo sudoproizvodstva* [Fondamenti di procedura penale], Mosca, 2017, 219.

[89] In argomento v. A.F. ABDULVALIEV, *Problemy podsudnosti ugolovnych del po prestuplenijam terrorističeskogo charaktera* [Problemi della competenza penale in relazione ai reati di carattere terroristico], in *Vestnik Omskogo universiteta. Serija «Pravo»*, n. 1, 2015, 222.

[90] A.F. VORONOV, *Kodeks administrativnogo sudoproizvodstva Rossijskoj Federacii i rassmotrenie administrativnych i graždanskich del voennymi sudami* [Il codice di procedura giudiziaria amministrativa della Federazione di Russia e l'esame delle cause amministrative e civili da parte delle corti militari], in *Pravo v Vooružennych Silach – Voenno-pravovoe obozrenie*, n. 8, 2015, 34 ss.

applicazione in presenza di rapporti paritetici[91]. Nell'intento di stabilire quando si sia al cospetto di questi ultimi, la dottrina ha fatto riferimento alle spettanze economiche e patrimoniali, nonché ai diritti riconosciuti ai militari in materia abitativa, previdenziale e sanitaria, osservando che spesso si tratta di pretese da far valere non direttamente verso le autorità militari, ma nei confronti di altri organismi pubblici, non agenti secondo moduli autoritativi[92].

Ai giudici militari sono inoltre affidate le cause relative all'indennizzo del danno da violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ove quest'ultimo si sia svolto anch'esso innanzi ad una corte militare[93]. Tali vertenze sono sottoposte, per espressa previsione legislativa, alle regole della procedura amministrativa[94].

Un'autonoma competenza attiene al settore degli illeciti amministrativi, che possono essere contestati ai militari nei limiti di cui si è detto in precedenza. La disciplina del procedimento di irrogazione delle relative sanzioni e del giudizio di impugnazione delle stesse è racchiusa nel menzionato codice degli illeciti amministrativi[95].

Alle competenze finora descritte si è aggiunta, dal 2007, quella relativa alle trasgressioni disciplinari più gravi, sanzionate con l'arresto. Precedentemente, all'applicazione di tale sanzione prevedevano le stesse autorità militari. In dottrina si è rilevato come ciò ponesse questioni di compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo[96]. È stata così varata un'apposita legge federale, che ha assegnato alle sole corti militari il potere di irrogare la sanzione dell'arresto come misura disciplinare e, nel contempo, ha dettato le relative norme di procedura[97].

6. Criticità e prospettive

In conclusione, occorre domandarsi quale sia l'esatta natura degli organi della giustizia militare operanti in Russia e, in particolare, se essi siano sussumibili nel modello della specialità o della specializzazione oppure rientrino, in tutto e per tutto, nel novero dei giudici comuni.

L'ambigua formula adoperata dalla legislazione russa in tema di ordinamento giudiziario, la quale colloca le corti militari nell'ambito della giurisdizione ordinaria, di certo non aiuta l'interprete. La questione va affrontata tenendo conto delle caratteristiche dell'organizzazione e del funzionamento delle corti in esame.

Sotto il primo profilo, non può sottacersi il ridimensionamento degli elementi di differenziazione con riguardo alle modalità di selezione dei giudici, per i quali, a seguito della riforma del 2009, il possesso dello *status* di militare, come si è detto, non costituisce più un requisito

[91] Decreto del Plenum della Corte suprema federale 29 maggio 2014 n. 8 «Sulla pratica relativa all'applicazione, da parte delle corti, della legislazione concernente l'obbligo militare, il servizio militare e lo *status* dei militari».

[92] V.I. CAR'KOV, *Problemy processual'nogo položenija sub''ektov graždanskogo i administrativnogo sudoproizvodstva po delam s učastiem voennoslužaščich* [I problemi dello statuto processuale dei soggetti della procedura giudiziaria civile e amministrativa relativa alle cause con la partecipazione del personale militare], in AA.VV., *Aktual'nye problemy processual'nogo i pravovogo položenija sub''ektov graždanskogo, arbitražnogo i administrativnogo sudoproizvodsva* [Problemi attuali dello statuto giuridico e processuale dei soggetti della procedura giudiziaria civile, commerciale e amministrativa], a cura di L.V. Vojtovič e V.I. Kajnov, San Pietroburgo, 2018, 525-534.

[93] La materia dell'indennizzo del danno da violazione del diritto alla ragionevole durata del processo è regolata, in via generale, dalla legge federale 30 aprile 2010, n. 68-FZ, *Sull'indennizzo della violazione del diritto alla procedura giudiziaria in un termine ragionevole o del diritto all'esecuzione dell'atto giudiziario in un termine ragionevole.*

[94] Capitolo 26 del codice di procedura giudiziaria amministrativa.

[95] La relativa disciplina è racchiusa nella sezione IV del codice.

[96] V.V. CHOMČIK (a cura di), *Kommentarij k Federal'nomy komstitucionnomy zakony «O voennych sudach Rossijskoj Federacii»*, cit., 59.

[97] Legge federale 1° dicembre 2006, n. 199-FZ, *Sulla procedura giudiziaria relativa alle gravi trasgressioni disciplinari per l'applicazione dell'arresto disciplinare ai militari e l'esecuzione dell'arresto disciplinare*, le cui norme sono in vigore dal 1° gennaio 2007. Con la legge costituzionale federale 4 dicembre 2006, n. 5-FKZ, *Sull'introduzione di modifiche nella Legge costituzionale federale «Sulle corti militari della Federazione di Russia»*, si è poi provveduto a modificare la legge del 1999 sulle corti militari, aggiungendo un comma 3.1 all'art. 7 della stessa.

essenziale, ma soltanto un titolo di preferenza. Nella stessa direzione, inoltre, significativa risulta la circostanza che, come pure si è visto, le giurie operanti presso le corti militari sono costituite da civili. Sotto il profilo del funzionamento, occorre invece rilevare che, con alcune eccezioni piuttosto limitate, le corti militari giudicano applicando il diritto comune.

Alla luce di tali elementi, in dottrina sono state evidenziate le peculiarità del sistema russo di giustizia militare[98]. In proposito, alcuni autori hanno rilevato come, in linea generale, l'esistenza di appositi organi giudiziari militari sia giustificata dalla specialità della loro composizione, in cui figurano spesso esponenti delle Forze armate, oppure del diritto applicato, che si distingue, per vari aspetti, dal diritto applicabile alla generalità dei consociati[99]. Con specifico riferimento all'esperienza russa, seguendo un percorso che era stato già intrapreso nell'ultima parte dell'era sovietica, le riforme del periodo successivo hanno invece attenuato alcune delle differenze tra le corti militari e quelle ordinarie, mentre una significativa specializzazione continua a riscontrarsi con riguardo agli organi inquirenti e requirenti. Nondimeno, nella legislazione degli ultimi anni è riscontrabile una valorizzazione dello specifico ruolo delle corti militari, alle quali, come si è detto, sono state attribuite nuove competenze, segnatamente in materia di reati di terrorismo.

[98] In proposito v. le riflessioni di L. GOLOVKO, *Les cours militaires russes: juridictions de droit commun, juridictions spécialisées ou juridictions d'exception?*, cit., 12-14, nonché l'analisi di D.N. ČUŠENKO, *O celesoobraznosti suščestvovanija voennych sudov* [Sull'opportunità dell'esistenza delle corti militari], in *Serebro-Kavkazskij juridičeskij vestnik*, n. 1, 2020, 143 ss.

[99] V.A. SAZONOV, *O meste voennych sudov v sudebnoj sisteme Rossijskoj Federacii* [Sul posto delle corti militari nel sistema giudiziario della Federazione di Russia], in *Pravo v Vooruženny Silach – Voenno-pravovoe obozrenie*, n. 6, 2016, 111 ss.

Chiuso in redazione

nel mese di aprile 2021

MINISTERO DELLA DIFESA

Giustizia Militare

Rassegna della Giustizia Militare